

THÈSE DE

PARIS.

1890

N^o. 4.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DES CHARGES
IMPOSÉES PAR LE MAÎTRE
A LA LIBERTÉ
CONCÉDÉE A L'ESCLAVE
EN DROIT ROMAIN

PRINCIPES DE LA SANCTION
DE L'OBLIGATION D'EMPLOI OU DE REMPLOI
DES BIENS DE LA FEMME MARIÉE
EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR
CHARLES ASTOUL

PARIS
TYPOGRAPHIE GASTON NÉE
4, RUE CASSETTE, 4

1890

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DES CHARGES

IMPOSÉES PAR LE MAÎTRE

A LA LIBERTÉ

CONCÉDÉE A L'ESCLAVE

EN DROIT ROMAIN

PRINCIPES DE LA SANCTION

DE L'OBLIGATION D'EMPLOI OU DE REMPLOI

DES BIENS DE LA FEMME MARIÉE

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

soutenue le samedi 14 Juin 1890, à 4 heures

PAR

CHARLES ASTOUL

Président : M. LABBÉ, Professeur

SUFFRAGANTS	{	MM. ESMEIN, Professeur	{	Agrégés
		LARNAUDE,		
		LE POITTEVIN,		

PARIS

TYPOGRAPHIE GASTON NÉE

4, RUE CASSETTE, 4

1890





Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547911_0006

DROIT ROMAIN

DES CHARGES IMPOSÉES PAR LE MAITRE

A LA

LIBERTÉ CONCÉDÉE A L'ESCLAVE

INTRODUCTION

C'est une vérité banale, qu'il ne suffit pas, pour se faire une idée de la société romaine, de distinguer deux classes, les hommes libres et les esclaves. Les affranchis formaient une classe à part; de nombreuses différences les séparaient des hommes nés libres.

Les différences qui existent dans l'ordre politique sont considérables. L'affranchi n'a pas le *jus honorum*, il ne peut être revêtu d'une magistrature. Le système de vote dans les assemblées du peuple tend à anni-

hiler son influence. Il ne peut, en principe, servir dans l'armée. Enfin il est séparé de la classe libre par l'interdiction du mariage entre ingénus et affranchis.

Mais ces différences, basées sur l'intérêt politique, ne sont pas les plus fondamentales. Ce qu'il y a de plus remarquable, c'est que, dans l'ordre privé, l'affranchi ne devient pas une personne indépendante; le maître qui lui confère la liberté n'abandonne pas tout droit sur lui. Ce fait résulte, et de la constitution de la famille romaine, et de la nature originaire de l'esclavage à Rome.

La famille romaine, ce point a été établi d'une manière indiscutable, appartient au type patriarcal, c'est-à-dire à ce type qui admet la réunion de plusieurs ménages dans la communauté du travail, de l'existence et des biens, sous la haute autorité d'un chef de famille. L'esclavage à Rome, à l'époque ancienne, est ce qu'on pourrait appeler l'esclavage familial, c'est-à-dire, non pas une exploitation industrielle d'un genre particulier comme celle qui a été pratiquée, dans les temps modernes, dans les colonies européennes, mais un engagement d'ouvriers domestiques, engagement

forcé et perpétuel d'une nature telle qu'il fait entrer le serviteur dans la famille du maître. Institution éminemment conforme à la nature de la famille patriarcale, et qui existe encore chez des populations dont ce type de famille forme la base, notamment chez les Arabes.

Cette observation nous fait toucher du doigt le trait caractéristique de la condition privée de l'affranchi. L'esclave faisait partie de la famille, l'affranchi continue à en faire partie. Aussi sa situation a-t-elle bien des points de contact avec celle des autres personnes libres soumises à l'autorité domestique du *paterfamilias*. Les devoirs exprimés par les mots *obsequium*, *reverentia*, sont fondés sur l'espèce de piété filiale dont il est tenu envers son ancien maître, et ces idées se traduisent dans le langage qui considère celui qui a cessé d'être pour lui un *dominus*, comme une sorte de père, *patronus*. A la vérité, l'analyse juridique n'assimile pas l'affranchi aux personnes *in potestate*. L'affranchi peut avoir des biens personnels, il acquiert pour lui-même ; son patron peut lui succéder et être son tuteur, ce qui n'aurait pas lieu s'il l'avait en sa puissance ; en revanche, l'affranchi ne partage pas

avec les enfants la succession du père de famille. Il suit de là que l'affranchissement rend possible juridiquement l'établissement de l'ancien esclave hors de la famille. Mais la séparation dut être rare, en fait, tant que la société romaine, encore pauvre et peu compliquée, n'offrit pas de grands débouchés à l'initiative des individualités éminentes. L'affranchissement améliorait la condition du serviteur, en lui permettant de contracter un mariage régulier, de préparer l'établissement de ses enfants qui, eux, devaient naître ingénus; mais l'affranchi devait continuer, dans une large mesure, à seconder son ancien maître; il devait être presque un esclave de fait, et d'anciens textes emploient indifféremment le mot *servus* pour désigner l'esclave et l'affranchi. (*Fr. Vat.*, 307.)

Ce coup d'œil sur l'âge primitif de la société romaine était nécessaire pour faire apercevoir le fondement de l'institution qu'on doit étudier dans ces quelques pages. La société que nous font connaître des textes nombreux, et surtout les textes juridiques, est une société compliquée, ébranlée à diverses époques par de profondes perturbations. Mais à travers les complications et les perturbations, les éléments essentiels de

la constitution de la famille romaine ont survécu très longtemps. Le lien familial de l'affranchi au patron n'a pas été un de ses traits les moins durables. Le lien moral, l'*obsequium*, la *reverentia*, traversent tout le droit romain; de même les droits de tutelle, de succession, du patron à l'affranchi. Ce qui évidemment a subi les premières atteintes, c'est le lien journalier, le lien dans l'existence et le travail; dans une société compliquée, offrant des débouchés de toute espèce aux individualités capables, l'affranchi n'a pu tarder à quitter habituellement la demeure du patron et à prendre la disposition de sa personne et de son activité. Pourtant la puissance de la famille patriarcale l'a maintenu, même à ce point de vue, dans une certaine dépendance; l'ancien maître s'est réservé formellement des droits sur son ancien esclave; des conventions sont intervenues sur l'usage que l'affranchi ferait de sa liberté; la loi est même venue réglementer ces rapports; et de là l'étude si intéressante au double point de vue social et juridique des *charges imposées par le maître à la liberté concédée à l'esclave*.

D'ailleurs, la formule adoptée pour déterminer l'objet de cette étude appelle l'examen d'un autre

ordre de faits. Des charges peuvent être imposées par le maître à l'esclave qu'il affranchit indépendamment du caractère social de l'esclavage. L'esclave étant juridiquement un objet de propriété, ayant par suite une valeur pécuniaire, l'acte qui le rend libre présente un intérêt pécuniaire, et peut, à ce titre, être l'objet d'un traité imposant certaines charges à celui qui est affranchi. Le maître peut, en quelque sorte, vendre la liberté à son esclave, par un acte analogue à celui par lequel il vendrait à un tiers son droit de propriété sur lui. Ce traité est très différent, au point de vue social, de ceux qui ont pour objet de resserrer le lien naturel de patron à affranchi. Il n'est pas sans intérêt cependant de l'en rapprocher, ne fût-ce que pour mieux faire ressortir, par opposition, le caractère de ces derniers. Cette étude du rachat de la liberté formera notre premier chapitre; nous étudierons ensuite les charges qui sont fondées sur la retenue d'une partie des droits du maître sur son ancien esclave, et que les jurisconsultes désignent par l'expression de *libertatis causa imposita*.

CHAPITRE PREMIER

DU RACHAT DE LA LIBERTÉ

L'affranchissement pouvait être l'objet d'un contrat à titre onéreux, d'un marché entre le maître et l'esclave. C'était un fait fréquent que l'achat de la liberté par l'esclave; l'usage en était ancien, il en est fait mention dans Plaute. Comment se faisait cette opération, qui ressemble économiquement, sinon en droit, à une vente, par laquelle l'esclave s'achetait en quelque sorte lui-même afin de devenir libre?

D'abord, d'où l'esclave pouvait-il tirer de quoi payer son prix? Car il n'avait rien à lui. Pour lever cette difficulté, il faut se rappeler que si l'esclave n'avait rien à lui, il était un instrument d'acquisition pour son maître. Or, cet instrument, absolument passif et subordonné en droit, étant en fait une personne humaine, était sensible aux considérations de l'intérêt personnel, et en les mettant en jeu, on pouvait évidemment lui faire produire plus d'effet utile que par toutes les réglementations et toutes les sévérités. Il n'est donc pas exact, en fait, de

dire qu'en demandant à son esclave le prix de sa liberté, le maître ne gagnait rien, et que tout ce qu'il pouvait se faire donner par lui, il l'aurait acquis de plein droit. Il est clair que l'esclave à qui on avait promis la liberté à la condition de fournir une certaine somme, était par là stimulé à exercer toute son industrie pour réunir cette somme, et pour procurer une augmentation de l'avoir de son maître qui devait lui être si profitable à lui-même. Il allait jusqu'à économiser sur la ration de vivres qui lui était fournie (Senèque, *Ad Lucil.*, 80), et qui pourtant n'avait habituellement rien d'excessif. Mais surtout s'il avait un pécule, cet instrument de gain et d'épargne que le maître lui mettait souvent dans la main, le plus puissant mobile qui pût le pousser à le faire fructifier était la pensée que les sommes ainsi réalisées serviraient à lui procurer la liberté; si cet espoir manquait, l'indifférence et l'apathie devaient s'ensuivre forcément :

Nec spes libertatis erat, nec cura peculi.

Au surplus, s'il trouvait un ami qui lui fournît la somme nécessaire à titre de don ou d'avance, ou si son maître avait assez de confiance pour se contenter de la promesse d'une somme qu'il devrait gagner une fois libre, il y avait, cette fois d'une façon bien évidente, un prix formant une véritable acquisition pour le maître, puisqu'il n'était pas tiré de son patrimoine dont il n'avait jamais fait partie.

L'achat de la liberté étant ainsi expliqué, comment s'opérait-il juridiquement ?

On peut d'abord envisager un cas, le plus ancien sans doute et le plus simple, où l'opération reste en dehors du domaine de la loi civile : c'est celui où l'esclave, ayant réalisé par ses économies une certaine somme, la remet à son maître, qui l'accepte comme prix et consent à procéder à l'affranchissement. C'est le cas prévu par le jurisconsulte Alfenus, dans cette phrase (F. 6, *De manum.* XL, 1) : *Servus pecuniam ob libertatem pactus erat, et eam domino dederat* (1). Soit que l'esclave prenne l'initiative de l'offre une fois qu'il s'est mis en mesure de payer son prix, soit que d'avance le maître ait promis la liberté si l'esclave parvenait à réaliser la somme voulue, il y a bien en droit naturel une convention, mais elle est étrangère au droit civil, qui ne connaît pas d'obligations entre maître et esclave; elle ne sort pas du cercle de la famille; elle est aux yeux du jurisconsulte un pur fait; elle ne s'exécute que grâce à la bonne foi du maître, et ne donne ouverture à aucune action. Tacite nous parle d'un malheur

(1) Dans les citations faites au cours de ce travail, la lettre F désigne les lois ou fragments du Digeste; la lettre C, les lois ou constitutions du Code de Justinien. Les chiffres en petit caractère qui accompagnent le numéro d'une loi (ou d'un chapitre dans des citations tirées d'autres ouvrages), indiquent les paragraphes. Après l'indication abrégée de la rubrique du titre viennent, selon l'usage, les chiffres qui désignent le livre et le titre. Nous avons supprimé ces derniers chiffres pour les titres les plus fréquemment cités; indiquons-les ici une fois pour toutes : *De operis libertorum*, au Digeste, XXXVIII, 1; au Code, VI, 3; — *De bonis libertorum*, au Digeste, XXXVIII, 2; — *De jure patronatus*, au Digeste, XXXVII, 14; — *De bonis libertorum et jure patronatus*, au Code, VI, 4.

reux esclave qui, après une semblable convention, déçu dans son attente par la mauvaise foi de son maître, se vengea par un assassinat (*Annales*, XIV, 42). De fait, il n'y avait pas d'autre justice à invoquer; aucun juge n'aurait été compétent pour faire donner la liberté promise.

Tel est ce premier procédé, dans lequel le maître ne risque rien, mais qui, en revanche, ne donne juridiquement aucune assurance à l'esclave tant que l'affranchissement n'est pas réalisé. Mais le maître pouvait aussi faire crédit à son esclave et l'affranchir d'avance en lui faisant promettre de payer une certaine somme. Pour obliger l'esclave, la promesse doit, dans le pur système de l'ancien droit, être faite après l'affranchissement, car l'esclave ne peut s'engager civilement envers son maître qu'une fois qu'il a acquis, avec la liberté, la personnalité civile. Donc, le maître, après avoir convenu d'un prix avec son esclave, l'affranchira, et lui fera alors promettre, par stipulation, la somme convenue. C'est l'hypothèse prévue par Paul au F. 2, *Quar. rer. act.*, XLIV, 5 : *Si servus promittat domino pecuniam, ut manumittatur, eamque liber factus spondeat.*

Cette fois, c'est le maître qui s'expose, non seulement parce qu'il fait crédit, mais, ce qui est plus grave, parce que, tant qu'il n'est pas affranchi, l'esclave ne s'oblige pas; et une fois qu'il est affranchi, s'il est de mauvaise foi et refuse d'effectuer la promesse sur laquelle le patron a compté, celui-ci n'a pas de moyen pour l'y contraindre. L'affranchissement est irrévocable, et le maître aura,

contre son intention, perdu son esclave sans compensation. Pour éviter ce danger, le maître se faisait donner des sûretés, et voici notamment la combinaison que nous signale Ulpien au F. 7, *De dolo*, IV, 3. L'esclave, ayant traité avec son maître sur les conditions de la liberté, trouve un répondant, *reus*, qui s'engage par stipulation envers le maître au paiement de la somme convenue ; mais il est entendu qu'une fois l'affranchissement opéré, l'obligation sera transportée sur la tête de l'ancien esclave. Si ce dernier refusait, une fois libre, de faire l'*expromissio* au moyen de laquelle il doit se constituer débiteur, l'obligation du répondant subsisterait, de sorte que le maître est assuré d'avoir un débiteur. — L'opération ainsi expliquée, examinons rapidement avec Ulpien les différentes solutions qu'elle peut recevoir. — Si tout le monde est de bonne foi, c'est très simple. Une fois l'esclave libre, le maître stipule de lui la somme convenue ; l'affranchi la promet, et il devient débiteur aux lieu et place de son répondant qui, par l'effet de cette stipulation novatoire, se trouve libéré. — Mais on peut supposer que le patron ne se tienne pas à la convention qu'il a faite et, par un calcul que la bonne foi réprouve, préfère garder pour débiteur celui qui n'a voulu s'obliger que temporairement, et qui vraisemblablement est plus solvable que l'affranchi. Pourra-t-on le contraindre à recevoir l'*expromissio* ? Non : le *reus* qui s'est engagé envers lui par un contrat unilatéral n'a pas d'action contre lui, et l'affranchi ne peut faire malgré lui la promesse novatoire, car le contrat de

stipulation exige pour première condition une interrogation émanant de celui qui doit devenir créancier, interrogation qu'on ne peut le forcer à faire. Le patron reste donc créancier du *reus* ; mais, s'il veut le poursuivre, celui-ci lui opposera une exception fondée sur le pacte qui est intervenu entre eux, et paralysera ainsi son action. — Supposons enfin que c'est l'affranchi qui est de mauvaise foi, et qui, devenu libre, refuse de s'engager envers son patron et de libérer son répondant. Le patron aura-t-il néanmoins une action contre lui ? Non certainement, d'après les principes du droit civil. Mais il paraît que Pomponius proposait de lui donner l'action *de dolo* que le préteur promettait contre ceux qui, par des procédés frauduleux, avaient fait tort à autrui, lorsque les principes ordinaires n'offraient pas à la victime de la fraude une autre action pour en obtenir la réparation. Ulpien exprime des doutes sur cette décision à cause du caractère subsidiaire de l'action de dol. En effet, dit-il, le patron a une autre action, son action contre le répondant, au moyen de laquelle il doit obtenir le paiement de la somme promise. Peu doit lui importer de l'obtenir de l'un ou de l'autre, pourvu qu'il l'obtienne. L'opinion de Pomponius pouvait se fonder sur cette considération que le patron, en poursuivant le *reus*, devait se voir repousser par une exception pour n'avoir pas poursuivi l'affranchi, destiné dans l'intention des parties à être le véritable obligé ; et alors, son action devant être paralysée par une exception, c'était comme s'il n'avait pas d'action. Mais,

répond Ulpien, le *reus* n'a d'exception à opposer au patron que si c'est par le fait de celui-ci que ne s'opère pas le transfert de l'obligation. C'est ce que nous avons vu plus haut. Or, dans notre hypothèse actuelle, ce n'est pas le patron qui se refuse à ce transfert, c'est l'affranchi : donc pas d'exception. Le patron, par suite, n'a pas besoin de l'action de dol, pourvu qu'il puisse obtenir du répondant la somme promise. Que si le répondant n'était pas solvable, alors Ulpien admettrait que l'action de dol fût donnée au patron contre l'affranchi. En effet, ce dernier commettrait un dol envers son patron en refusant de s'engager envers lui au paiement de la somme qui ne peut être obtenue du répondant insolvable fourni par lui ; et pour la réparation du préjudice qui lui serait ainsi causé, le patron n'aurait pas d'autre moyen à sa disposition que l'action de dol. Quant au répondant qui se trouve obligé de payer pour l'affranchi parce que ce dernier a refusé de prendre l'obligation à sa charge, il est clair qu'il est victime du dol de l'affranchi, et Ulpien ne fait pas difficulté de lui accorder l'action de dol contre l'affranchi.

Ainsi s'opérerait régulièrement le rachat de la liberté par l'esclave, quand le maître consentait à lui faire crédit. Il comportait un engagement, par stipulation, au paiement du prix de la liberté. — Mais cette condition est-elle restée toujours nécessaire ? Si le maître, sans s'être assuré d'ailleurs une garantie, avait négligé d'exiger la promesse après l'affranchissement, ou si l'affranchi refusait de la faire, n'est-on pas arrivé à donner néanmoins une action

au maître, et par suite les parties n'ont-elles pas fini par pouvoir se passer impunément de la stipulation ?

Ce que nous venons de dire de l'emploi de l'action *de dolo* me porte à croire qu'elle a dû être employée aussi dans le cas où le patron et l'affranchi étaient seuls en présence. Du moment, en effet, où la seule objection faite, dans l'espèce précédente, contre l'attribution de cette action au patron contre l'affranchi, est l'existence de l'action contre le répondant; du moment même où on donne cette action en cas d'insolvabilité du répondant, on ne voit pas de raison pour qu'elle ne soit pas donnée purement et simplement au patron lorsqu'il n'y a pas de répondant : c'est bien un dol que commet l'affranchi lorsque, arrivé à la liberté, il refuse d'observer la condition sous laquelle elle lui avait été concédée. Et on sait que, d'une manière générale, l'action de dol a été employée, à défaut d'autres moyens, pour obtenir d'une partie l'exécution d'une convention, lorsque l'autre partie l'avait exécutée de son côté : ce fut la première sanction directe des contrats innommés.

On a même été plus loin. L'action *de dolo* était annale, elle n'était donnée que subsidiairement; elle entraînait la conséquence rigoureuse de l'infamie pour le débiteur condamné. La doctrine des Prudents, dépassant l'œuvre de l'édit du prêteur, arriva à faire admettre comme conforme aux principes du droit civil une action exempte de ces inconvénients, pour sanctionner positivement les simples pactes qui avaient été exécutés par l'une des

parties : ce fut l'action *præscriptis verbis*. En notre matière, le traité qui intervient entre le maître qui consent à affranchir et l'esclave qui consent à devoir une somme d'argent pour prix de sa liberté, présente bien les caractères d'un contrat innommé de la classe de ceux qu'on désigne par les mots *facio ut des*. Ces contrats sont, parmi les contrats innommés, les derniers auxquels fut étendue l'application de l'action *præscriptis verbis*; un texte bien connu de Paul, maintenu au Digeste de Justinien (F. 5, *De præsc. verb.*, XIX, 5) quoiqu'il n'exprime pas le dernier état du droit, décide encore qu'il n'y a pas lieu en pareil cas à l'action *præscriptis verbis*, mais seulement à l'action *de dolo*. Mais d'après un texte du Code (C. 3, *An servus pro suo facto*, IV, 14), le maître auquel son esclave a promis une somme d'argent pour sa liberté, et qui, après l'affranchissement, n'a pas réalisé le contrat par voie de stipulation, peut réclamer la somme à son ancien esclave au moyen d'une action dite *in factum* qui n'est autre que l'action *præscriptis verbis*. D'ailleurs cette décision, attribuée à Alexandre Sévère, paraît avoir été corrigée en ce sens par les auteurs du Code, car, d'après les Basiliques, Alexandre Sévère refusait l'action. Il n'en résulte pas moins que la doctrine qui finit par prévaloir admettait en ce cas l'action *præscriptis verbis*.

L'analyse juridique de la formation du contrat innommé dans cette espèce soulève une objection. Pour que l'exécution par l'une des parties donne la valeur d'un contrat à un simple pacte, ne faut-il pas au moins que ce pacte

ait été conclu entre deux personnes capables de contracter ensemble? Or l'esclave est incapable; la convention intervenue entre lui et son maître n'est-elle donc pas absolument nulle? Doneau répond à cette objection d'une manière qui paraît absolument satisfaisante (1). Cette convention concomitante à l'affranchissement, faisant corps avec cet acte juridique (*lex ipsi manumissioni dicta*), peut être considérée comme faite avec l'esclave affranchi et non avec l'esclave à affranchir. Pour montrer que pareil raisonnement est conforme aux idées romaines, Doneau cite le F. 6 pr., *Comm. præd.*, VIII, 4, dans lequel Ulpien admet que le propriétaire de deux maisons peut, en aliénant l'une d'elles, créer une servitude au profit de l'une envers l'autre. Lui objectera-t-on que, ces maisons lui appartenant toutes deux, il ne peut établir de servitude entre elles, car *nemini res sua servit*? Non, parce que la convention dont il s'agit n'est pas censée précéder la tradition, elle en est une modalité, *lex traditioni dicta*, elle s'y incorpore, et elle atteint la maison cédée à l'instant même où elle devient la propriété de l'acquéreur. De même, il est très juridique d'admettre que le pacte relatif au prix de la liberté, apposé comme clause à l'affranchissement, engage l'esclave à l'instant même où il devient libre et capable de s'obliger envers son ancien maître.

A part ces quelques particularités sur les garanties qui

(1) *Comment. de jure civili*, II, 18.

peuvent être données au patron et sur la possibilité de la naissance de l'action *præscriptis verbis*, nous ne voyons rien, dans tout ce qui précède, qui distingue le rachat de la liberté d'un contrat ordinaire. Il ne fut jamais considéré comme une vente, quoiqu'il y ressemble au fond. Il se réalisa très longtemps, lorsqu'il n'était pas fait comptant, au moyen de la stipulation, qui diffère notablement de la vente consensuelle, puisque la première est un contrat de droit strict et la seconde un contrat de bonne foi. Mais il ne résulte pas de là une grande différence au fond; la vente proprement dite, elle aussi, s'opérait anciennement par le procédé de la stipulation, qui est en droit romain la forme ordinaire de contracter. Rien, dans cette opération, ne se ressentait des rapports sociaux de patron à affranchi; les questions relatives à la formation de l'obligation ne se posent qu'à raison de la nature juridique du fait auquel elle est relative, qui consiste dans l'acquisition de la personnalité civile par l'une des parties qui jusque-là en était privée. Une fois née, l'obligation s'exécute comme celle qui résulte d'un traité intervenu entre personnes quelconques. Il en est autrement, nous allons le voir, de l'obligation qui a pour objet les charges auxquelles les jurisconsultes réservent la dénomination de *libertatis causâ imposita*.

CHAPITRE II

APERÇU GÉNÉRAL SUR LES « LIBERTATIS CAUSA IMPOSITA »

Le rachat de la liberté constitue une opération commutative, dans laquelle le maître donne la liberté et l'esclave en fournit le prix. Les charges désignées sous le nom de *libertatis causa imposita* ne s'analysent pas dans un prix de la liberté, mais plutôt dans des droits retenus par l'ancien maître sur l'ancien esclave. L'utilité pécuniaire du droit de propriété sur les esclaves consistait en deux choses principales : le travail que fournissaient les esclaves et les acquisitions qui se faisaient par leur moyen. Outre cela, le maître avait sur la personne même de son esclave un droit absolu, dont l'autorité publique, pendant longtemps, ne contrôla point l'exercice. Ces droits durent subsister autrefois, dans une très large mesure, au profit du patron sur l'affranchi; et notamment un certain droit sur les acquisitions de l'ancien esclave a subsisté pendant

toute la durée du droit romain sous la forme de droit du patron dans la succession de l'affranchi. Les droits qui s'exerçaient du vivant même de l'affranchi furent battus en brèche par le mouvement qui tendait à la dislocation de la famille patriarcale : leur retenue conventionnelle forme l'objet de la présente étude.

Les documents font défaut pour étudier cette retenue conventionnelle dès son origine, surtout au point de vue de son étendue. Les jurisconsultes nous signalent seulement que les *libertatis causa imposita* avaient atteint dans les derniers siècles de la République une extension excessive, soit que ces charges se fussent réellement développées, soit que les modifications sociales eussent rendu de moins en moins supportable un lien qui originairement ne pesait pas à l'affranchi. Quoi qu'il en soit, un besoin de restriction des droits des patrons se fit assez sentir pour que le préteur intervînt. La première réforme importante est attribuée au préteur Rutilius (1) ; elle nous est indiquée en ces termes par Ulpien (F. 1, *De bon. lib.*) : *Et quidem prius prætor Rutilius edixit, se amplius non daturum patrono, quam operarum et societatis actionem.*

Des deux charges qui restèrent sanctionnées par des actions dans l'édit de Rutilius, la plus importante de

(1) On n'est pas fixé sur le point de savoir si ce préteur Rutilius doit être identifié avec Publius Rutilius Calvus, qui fut préteur en l'an 586 de Rome, ou avec Publius Rutilius Rufus, qui fut consul en l'an 648. C'est aussi entre ces deux personnages qu'on hésite sur le point de savoir à qui doit être attribuée l'institution de la *bonorum venditio* et de l'*actio Rutiliana*.

beaucoup à étudier est celle des *operæ* ou services qui représentent la retenue d'un droit du patron sur l'activité de l'affranchi ; c'est aussi celle qui donne lieu aux rapprochements les plus instructifs avec le rachat de la liberté. Nous l'étudierons donc d'abord sous divers chapitres qui nous montreront successivement la forme du contrat d'où naît cette obligation, sa cause, les personnes entre lesquelles elle existe, son objet, son mode d'exécution, et enfin sa manière d'être juridique, notamment l'action qui en naît. — A l'obligation d'*operæ* se rattache celle de *donum* ou *munus*, c'est-à-dire de présents que l'affranchi pouvait s'engager à faire à son patron, et que les textes rapprochent toujours des services, sans doute parce qu'ils sont plus une marque de déférence qu'une véritable participation du patron aux acquisitions de l'affranchi. Nous n'avons pas d'ailleurs beaucoup de documents à cet égard ; nous signalerons, aux lieux opportuns, les spécialités qui peuvent séparer cette obligation de celle des *operæ*.

L'étude de la société *libertatis causa* fournira la matière d'un chapitre ; elle nous montre la retenue par le patron d'un certain droit sur les acquisitions de l'affranchi.

Un autre chapitre complétera cette étude en traitant de certaines questions relatives au mariage de l'affranchi, où l'on peut voir une réserve faite par le patron de ses droits sur la personne de l'ancien esclave, ce qui répond au troisième terme de la distinction faite ci-dessus.

CHAPITRE III

FORMES DU CONTRAT DE SERVICES

La forme de l'acte par lequel s'établit l'obligation de services de l'affranchi attire tout d'abord notre attention. Nous allons constater comment elle est en rapport avec la nature sociale du lien que cet acte sert à établir, et nous trouverons là une première justification du caractère attribué à ce lien dans les aperçus qui précèdent.

C'est par un serment que ce lien s'établit. Ce fait suffirait à montrer que ce n'est pas une création du droit civil. Le serment ne crée pas, en droit civil, un lien juridique ; il ne donne naissance, ni à un droit réel, ni à une obligation. Aussi n'est-ce pas sans doute un droit de cette nature que le maître a entendu se réserver le jour où a commencé l'usage d'exiger ce serment de l'esclave qu'on affranchissait. L'ancien esclave restait autrefois sous la dépendance de son patron en vertu de l'autorité privée

que conservait ce dernier, sans qu'elle fût sanctionnée par aucune loi ni par aucun tribunal, et sans qu'elle eût besoin de l'être. La tradition et la nécessité imposaient assez cette dépendance, et la puissance de fait du père de famille, maître incontesté chez lui, suffisait à la faire respecter. Lorsque des idées d'émancipation se sont fait jour, lorsqu'il s'est présenté des résistances qui n'ont pu être domptées aussi aisément que par le passé, le souverain domestique n'a pas pris aussitôt le parti d'aller se constituer vassal de la puissance publique pour obtenir d'elle le maintien de ses droits. Il s'est adressé à la divinité privée dont il était le prêtre en même temps qu'il était le maître absolu du foyer; il a exigé de l'esclave, au moment de son affranchissement, le serment de lui rendre fidèlement les services qu'il se proposait de continuer à exiger de lui, et il a compté que si le respect de la personne de son ancien maître et la crainte de son courroux ne suffisaient pas à maintenir l'affranchi dans le devoir, la religion du serment l'enchaînerait. Cette attente dut être rarement trompée, tant que les vieilles mœurs romaines n'eurent pas été trop entamées; et il est vraisemblable que ce n'est pas le patron qui le premier recourut aux magistrats pour faire respecter son autorité, mais que ce fut l'affranchi qui, en se plaignant des abus du maître, donna occasion à l'autorité publique d'intervenir et de reconnaître la valeur du serment de l'affranchi pour pouvoir en modérer les effets.

L'histoire ne nous conserve le souvenir d'aucune loi à

laquelle on doit attribuer la reconnaissance du *jusjurandum liberti* comme contrat civil; et il est extrêmement probable qu'il n'y en eut pas, mais que le magistrat, appelé à intervenir dans les différends entre patrons et affranchis, prit l'habitude, d'accord avec l'opinion publique, de considérer ce serment comme productif d'obligation. Il se conforma d'ailleurs simplement à la coutume et ne fit pas intervenir sur ce point le pouvoir réglementaire qu'il exerçait au moyen de son édit; car le *jusjurandum liberti* se trouve parmi les contrats reconnus par le droit civil dont les jurisconsultes de l'époque classique nous donnent l'énumération. Il figure au nombre des contrats qui se forment *verbis*. Cette classification était assez naturelle, puisque le serment était prononcé de vive voix; mais Gaius fait à cet égard une observation très judicieuse, en disant des affranchis : *non tam verborum solemnitate quam jurisjurandi religione tenentur* (1); ce qu'on peut interpréter en disant que la considération qui a fait attacher la production de l'obligation civile à ce mode de contracter, ce n'est pas le choix des expressions caractéristiques destinées à servir de moule à la convention, comme dans la stipulation; ici il ne paraît pas que la formule ait été aussi rigoureusement déterminée; mais c'est la gravité du serment, acte religieux, qui appelle l'attention des contractants sur l'engagement pris aussi

(1) Cette phrase, qui n'a pas été retrouvée dans le texte original de Gaius, est tirée de l'*Epitome*, II, 94.

bien que la formule juridique la plus précise, et qui a suffi à elle seule à assurer l'exécution de la promesse avant l'époque où elle a été sanctionnée par une action.

Les jurisconsultes nous apprennent de quelle manière se formait le contrat dans la pratique. Il y avait en réalité un double serment : le maître en exigeait un de l'esclave avant son affranchissement, puis il le lui faisait renouveler une fois qu'il était devenu libre. La raison de ce mode de procéder nous est indiquée par les jurisconsultes, et est facile à saisir. Le contrat ne peut se former, d'après le droit civil, qu'une fois que l'esclave a acquis, avec la liberté, la capacité civile ; mais alors aussi, aucun lien civil ne l'attache assez étroitement à son ancien maître pour l'obliger à prêter le serment ; il ne le prête que volontairement. Nous avons déjà trouvé cette difficulté dans la matière du rachat de la liberté : il est remarquable qu'elle n'a pas été tranchée ici de la même manière. Ce n'est pas dans un procédé de droit, c'est dans la puissance religieuse du serment que le maître a trouvé un moyen de la tourner. Alors que son autorité est encore entière et que l'esclave n'a aucun droit acquis à la liberté, il exige de lui un serment qui est dépourvu de valeur juridique, mais qui en conscience le lie assez étroitement pour qu'on ne puisse pas raisonnablement supposer que quelques moments ou quelques heures après, devenu libre, il refuse de réitérer son engagement par un second serment qui, lui, engendrera l'obligation civile.

Venuleius, dans un fragment inséré au Digeste (F. 44

pr., *De liberali causa*, XL, 12), nous apprend que la question fut agitée à une certaine époque, de savoir si le premier serment ne suffisait pas à créer l'obligation. C'est une simplification qu'on aurait pu admettre, puisqu'on faisait tant que de déroger aux règles ordinaires, et qu'on faisait du serment un contrat civil : pourquoi ne pas admettre que le serment prêté par l'esclave en vue de la liberté qu'il va acquérir, l'oblige d'avance pour le moment où il l'aura effectivement acquise? Cependant le vieux droit civil, soucieux des principes, n'allait pas jusque-là. Pour l'immense majorité des cas, l'intérêt pratique eût été mince : l'affranchi ne refusait pas le second serment, et ce n'était pas une formalité difficile à remplir; elle n'exigeait la présence d'aucun magistrat ni l'usage d'aucune forme compliquée. Mieux valait, pensa-t-on, s'en tenir aux règles ordinaires du droit; aussi Venulecius, après avoir rappelé cette ancienne question, approuve-t-il le sens dans lequel elle a été tranchée. *Tamen verius est non aliter quam liberum obligari. Ideo autem solet iurandum a servis exigere, ut hi religione adstricti, posteaquam suæ potestatis esse cæpissent, iurandi necessitatem haberent.* Voilà la juste explication de la pratique du double serment; et il est bien établi que c'est le second seulement qui constitue le contrat civil.

Il est d'ailleurs bien évident qu'avant l'époque où le serment devint un contrat civil, il avait autant d'effet, qu'il fût prêté avant ou après l'affranchissement; et on peut croire que le maître l'exigeait de préférence avant, afin

de ne donner la liberté qu'une fois qu'il était assuré de la fidélité de l'esclave. Et lorsque l'efficacité civile du serment fut reconnue, le serment préalable, consacré par l'usage, fut conservé pour garantir la prestation du serment qui devait suivre l'affranchissement. Au reste, rien ne prouve qu'on n'ait pu recourir aussi à d'autres moyens de garantie, et notamment à un procédé analogue à celui que nous avons trouvé en étudiant la question du rachat de la liberté.

Il n'est pas douteux que le serment n'ait été la plus ancienne forme employée pour donner naissance à l'obligation des services de l'affranchi. Car si on avait recouru originairement à des procédés plus conformes au droit commun, on ne voit pas pour quel motif on aurait été imaginer celui-là. Aussi est-ce cette forme qui est vraiment caractéristique de ce contrat particulier. Mais elle ne resta pas la seule employée. A côté du serment, les juriconsultes nous parlent constamment de la stipulation. Rien d'étonnant à ce que l'usage de la stipulation se soit établi en cette matière. Dès qu'on eut reconnu que l'affranchi pouvait contracter une obligation civile de services envers son patron, n'était-il pas bien naturel d'employer pour la formation de cette obligation la forme ordinaire usitée pour revêtir d'une force juridique les conventions ayant pour objet la création d'obligations? Il arriva donc fréquemment que le second serment fut remplacé par une stipulation, et les deux modes durent coexister longtemps : l'habitude spéciale du contrat entre patron

et affranchi entretenant l'usage du serment, et l'habitude générale des relations juridiques ordinaires autorisant l'emploi de la stipulation. On ne voit guère, d'ailleurs, que l'un des contrats eût un avantage sur l'autre. Tous deux étaient des contrats verbaux, avaient le même caractère juridique, les mêmes conséquences, devaient donner naissance à des actions semblables : l'assimilation était complète.

Il n'est pas certain, toutefois, qu'on observât dans le serment le même rigorisme que dans la stipulation en ce qui concerne les formules employées. La phrase de Gaius, citée plus haut, permettrait d'en douter. Un exemple de ce rigorisme, indiqué au titre *De operis libertorum*, au Digeste (F. 40 pr.), vise l'hypothèse d'une stipulation. Lorsque les services étaient stipulés au nom du patron par son esclave, celui-ci ne devait pas dire *operas mihi dare spondes*, parce que ce n'est pas à lui, esclave, qu'il pouvait être fourni des services, mais au patron ; aussi la personne du patron devait-elle figurer dans les termes de la stipulation.

On a supposé que le contrat de services entre patron et affranchi pouvait encore se former d'une autre manière. Le serment ou la stipulation viennent donner la force juridique à un accord intervenu avant l'affranchissement. Cet accord, en suite et en considération duquel la liberté est concédée, ne pourrait-il pas devenir obligatoire de la part de l'affranchi par le fait de l'affranchissement ; n'y aurait-il pas à faire ici une application de la théorie des

contrats innommés? Doneau soutient l'affirmative, et c'est à cette occasion qu'il développe la théorie dont nous avons fait l'application à la matière du rachat de la liberté. On peut objecter qu'il n'y a pas ici, comme en cette dernière matière, un acte commutatif. Cette considération ne serait pas par elle-même déterminante pour rejeter l'idée du contrat innommé; car si le patron n'acquiert rien, à proprement parler, par l'engagement de l'affranchi à des services, il n'en est pas moins vrai que c'est en vue de l'obligation de services qu'il donne la liberté. Mais le silence des textes sur cette application de la théorie des contrats innommés la rend au moins douteuse. Doneau cite, il est vrai, la loi *Julia*, dont le texte, en ce qui concerne les services d'affranchis, est rapporté par Paul (F. 37, *De op. lib.*), pour montrer que cette obligation pouvait avoir une autre source que le serment ou la stipulation. On y lit ces mots : *operas.... de quibus juraverit (libertinus) vel promiserit obligatusve erit*. Ce sont ces derniers mots qui servent d'argument, venant après ceux qui font allusion aux deux formes de contrat déjà connues. L'argument n'est évidemment pas péremptoire; les mots *obligatusve erit* peuvent bien n'être qu'une simple redondance, et en tout cas il ne paraît pas possible qu'ils fassent allusion au contrat innommé. Il est hors de doute qu'au temps d'Auguste l'application de l'action *præscriptis verbis* aux contrats *facio ut des* n'était pas admise; et en supposant que l'action de dol fût admise dans l'hypothèse qui nous occupe, ce serait un langage

inexact que celui qui, pour cette raison, dirait que l'affranchi est *operis obligatus*, l'action de dol n'étant qu'une sanction indirecte et ne consacrant pas une obligation véritable au point de vue du droit civil.

L'obligation de services pourrait-elle résulter du testament du patron, comme charge imposée à la liberté donnée par testament, ou même à un legs fait à un ancien esclave affranchi du vivant du testateur? Les principes généraux ne permettent pas d'admettre qu'on ait pu créer directement l'obligation par ce moyen. En effet, le legs ne donne d'action qu'au légataire; on ne peut pas admettre qu'il en découle une action au profit du tiers bénéficiaire de charges dont le legs peut être grevé; il n'y a même pas d'action *contraria* donnée à l'héritier pour obtenir l'exécution de ces charges. Mais l'héritier se procure une action destinée à jouer ce rôle au moyen d'une stipulation par laquelle il obtient l'engagement du légataire, et on refuse au légataire l'action née du legs tant qu'il n'a pas fait cette promesse (F. 49, *De leg.* 3°, XXXII). Ce procédé dut être suivi quand un legs avait été fait à un affranchi à charge de services, et alors l'obligation de l'affranchi résultait non pas du legs, mais de la promesse ou du serment par lui fait : car il est naturel d'admettre qu'il pouvait faire un serment aussi bien qu'une promesse. Aussi arrivait-il qu'un legs grevé d'une semblable charge fût fait sous la forme d'un legs subordonné à la condition d'une promesse ou d'un serment de services (F. 7, *De op. lib.*).

La question se complique dans le cas où la charge de services est apposée au legs de liberté fait à un esclave : car la promesse ou le serment qu'il peut faire avant d'être libre ne le lie pas légalement. Paul (F. 39, *De manum. testam.*, XL, 4) applique ce principe au cas où le testateur a affranchi son esclave sous cette condition : *si juraverit se Cornelio filio meo decem operarum daturum*. En prêtant le serment demandé, l'esclave remplit la condition, et par conséquent devient libre ; mais il n'est pas légalement obligé à fournir les services, parce qu'il ne peut s'obliger que par un serment prêté une fois libre. L'obligation ne pouvait donc naître que si l'esclave prêtait le serment deux fois, comme cela avait lieu dans le cas des services imposés au moment de l'affranchissement entre-vifs ; seulement on conçoit qu'il y a une différence entre les deux cas. Lors de l'affranchissement entre-vifs, l'intervention du maître est nécessaire entre les deux serments, pour que l'esclave devienne libre. Dans le cas de l'affranchissement testamentaire, le fils du défunt n'intervient que passivement pour recevoir le serment ; son autorité est moins grande, et si l'esclave est de mauvaise foi, il doit plus facilement avoir la hardiesse, une fois libre, de ne pas réitérer son serment. Que si le testateur avait dit : *Stichus servus meus liber esto, ita ut operas filio meo promittat*, il est probable que l'esclave deviendrait libre avant d'avoir promis, et que la promesse qu'il ferait l'engagerait ; mais il n'y aurait toujours aucun moyen d'obtenir de lui cette promesse.

Le fidéicommis de liberté semblerait être un procédé plus sûr pour obtenir le résultat cherché, parce qu'alors l'esclave ne devient libre que par l'affranchissement opéré par l'héritier; mais nous verrons que, depuis le règne d'Adrien, il ne put pas être imposé de services à l'esclave devenu libre par suite de fidéicommis.

Les textes ne parlent pas de la combinaison qui pourrait consister à imposer à l'affranchi institué héritier, dans la forme d'un legs *per damnationem*, au profit du fils du patron, la charge de rendre des services à ce dernier.

Indépendamment des modes réguliers d'engagement, on paraît s'être demandé si l'affranchi ne pouvait pas se trouver obligé à des services envers son patron, par le fait seul que, sans les avoir promis, il les avait fournis volontairement pendant quelque temps. La question est d'ailleurs tranchée négativement par Modestin (F. 34, *De op. lib.*). On aurait pu avoir l'idée de fonder la solution contraire sur l'accord tacite révélé par la prestation des services, et il est certain que la solution de Modestin s'applique même au cas où ce consentement ne serait pas douteux. En effet, *operis non impositis manumissus* signifie que le maître n'a pas exigé la promesse ou le serment, mais ne veut pas dire qu'il n'a pas réclamé, en fait, les services qui ont été rendus; et d'autre part, *ex sua voluntate* ne veut pas dire que c'est de sa propre initiative que l'affranchi a rendu des services, mais exprime seulement qu'il les a rendus de son plein gré, sachant qu'il n'y était pas tenu, quoiqu'il cédât à une demande et peut-être à

une injonction. Or ce consentement tacite, même bien constaté, ne forme pas le contrat d'*operæ*, par la bonne raison que le consentement, même exprès, ne le formerait pas à lui tout seul. Ce ne serait qu'un pacte nu, et jamais les Romains ne sont arrivés à faire de ce contrat un contrat consensuel. Notre solution n'est d'ailleurs que l'application d'une idée générale dont on retrouve l'expression dans d'autres textes (C. 28, *De pactis*, II, 3; C. 7, *De usur.*, IV, 32). On trouve, il est vrai, au Digeste (F. 6 pr., *De usur.*, XXII, 1), un texte de Papinien qui rapporte une décision d'après laquelle une dette d'intérêts avait été admise sur ce fondement que les intérêts avaient déjà été payés pendant longtemps. On ne peut admettre cependant la théorie ni du pacte tacite, ni d'une sorte de prescription acquisitive que les Romains n'ont jamais admise comme source d'obligations. Le plus raisonnable paraît être d'admettre avec Pothier que ce texte, dont le sens est d'ailleurs contesté, ne vise qu'une question de preuve, et que le service des intérêts pendant plusieurs années a pu être considéré comme une présomption que l'obligation avait été régulièrement formée au moyen d'une stipulation. A supposer que semblable décision puisse avoir lieu en matière de services d'affranchis, ce ne pourrait être qu'exceptionnellement.

Pour terminer cette étude sur la forme de l'engagement de l'affranchi, il reste à signaler qu'indépendamment de tout contrat, l'affranchi est réputé naturellement obligé envers son patron à des services, au moins à un

certain genre de services, ceux qu'on appelle *operæ officiales*. L'effet le plus certain de cette obligation naturelle, c'est que les services de ce genre, fournis par l'affranchi au patron, même sous l'empire d'une erreur, l'affranchi se croyant légalement tenu, alors qu'il ne l'était pas, ne donnent lieu, au profit de ce dernier, à aucune répétition (F. 26₁₃, *De condict. indeb.*, XII, 6). Nous ne pourrions nous occuper à fond de ce sujet que lorsque nous aurons étudié l'objet de l'engagement de l'affranchi, et la nature juridique de son obligation. Remarquons seulement, au point de vue de la forme, que les textes ne faisant aucune allusion, en ce qui concerne ce point, au système du double serment, il n'y a pas lieu d'attacher la naissance de cette obligation au serment prêté par l'esclave avant l'affranchissement. Elle procède de la nature même des rapports entre patron et affranchi; elle est la reconnaissance par le droit civil de l'antique lien familial que l'autorité domestique du patron avait suffi à faire respecter avant l'époque où le droit civil est intervenu en cette matière.

CHAPITRE IV

CAUSE DE L'ENGAGEMENT DE SERVICES

Ulpien, dans un fragment qui forme la loi 7 du titre *De operis libertorum*, au Digeste, dit : *Ut jurisjurandi obligatio contrahatur, libertum esse oportet qui juret, et libertatis causa jurare*. Ces derniers mots nous montrent qu'un élément essentiel de la formation du contrat d'*operæ*, au moins quand il se forme par serment, c'est la *cause*.

Il ne faut donc pas appliquer au *jusjurandum liberti* la règle que l'on peut poser en principe pour la stipulation, contrat avec lequel il présente cependant une grande analogie puisque, comme nous l'avons dit, il se forme aussi *verbis* et il est également unilatéral et de droit strict. Dans la stipulation, il n'y a pas lieu, en principe, de se préoccuper du motif, même juridique, qui détermine le promettant à s'engager. Le fait-il en considération d'une obligation qu'on contracte envers lui ou d'un droit réel

qu'on lui transmet, ou en vue d'un avantage aléatoire qu'il peut réaliser, ou dans un esprit de libéralité? Peu importe : dans tous les cas, la forme verbale donne à sa promesse force obligatoire, et son engagement doit être exécuté, et exécuté de la même façon, c'est-à-dire en s'attachant aux termes employés, sans qu'on puisse les interpréter par des circonstances extérieures. Il n'en va pas ainsi pour le serment de l'affranchi. Cette forme d'obligation est spéciale, et n'est valablement employée que par celui qui s'engage en considération de la liberté qui lui est concédée. Rien n'indique cependant que cette cause doive être exprimée dans la formule du serment, ni que le patron qui requiert en justice l'exécution du contrat soit tenu de prouver l'existence de cette cause. Mais toutes les fois qu'il y aura lieu de supposer que telle n'a pas été la cause de l'engagement de l'affranchi, le juge aura à s'en assurer, car s'il en est ainsi l'affranchi n'a pas valablement juré et n'est pas obligé; et si ce dernier veut contester l'obligation pour laquelle il est poursuivi en niant la seule cause légale qu'elle puisse avoir, il peut le faire devant le juge sans avoir eu besoin de faire insérer dans la formule de l'action une exception à cet effet, car c'est là un moyen tiré du fond même du droit.

Mais il ne faut pas se faire de cette cause la même idée que dans les contrats à titre onéreux en général, où l'obligation d'une partie a pour cause l'obligation ou la prestation équivalente de l'autre. On l'a déjà dit, la liberté

n'est pas concédée moyennant des services que le maître ne gagne pas, car il pourrait tout aussi bien les exiger en retenant l'esclave en servitude. D'autre part, on ne peut admettre qu'il y ait de la part de l'affranchi une libéralité envers son patron, même une libéralité rémunératoire, et ce n'est pas ce sens qu'il faudrait attacher à ces mots d'Ulpien : *Ad remunerandum tam grande beneficium, quod in libertos confertur, quum ex servitute ad civitatem romanam perducuntur* (F. 4 pr., *De bon. lib.*). Il n'y a pas libéralité quand c'est sur l'injonction d'un autre que l'on s'engage ; et cela est si vrai, que, supposant un cas où l'obligation n'aurait pas été valable comme obligation ordinaire de services d'affranchi, le jurisconsulte Valens décide qu'elle sera néanmoins validée parce qu'on verra dans l'obligation contractée par l'affranchi une libéralité (F. 47, *De op. lib.*). La vérité est, et c'est ce qui fait le caractère particulier de ce contrat, que la volonté de l'une des parties y joue un rôle prépondérant. Les *operæ* sont promises en reconnaissance de la part d'autorité réservée par le maître. Il faut voir dans cette cause, comme dans la forme même de l'engagement, une conséquence juridique de l'origine et de la nature sociale de la relation établie par le contrat.

Dans l'antique organisation de la famille, l'affranchi restait sous la dépendance du chef de famille. Quand un lien juridique est devenu nécessaire pour l'y retenir, on a imaginé ce contrat par lequel il reconnaît la part d'autorité qui reste à son patron et abandonne une part de sa

liberté à celui de qui il la tient, reconnaissant que ce dernier a voulu, et a pu légitimement se réserver une part d'autorité; il le fait sous l'empire du sentiment de ses devoirs, *officium*, et d'une certaine crainte révérentielle qui influe sur le consentement sans le vicier, parce qu'elle est dans l'ordre naturel de l'état social. Aussi emploie-t-on pour désigner ce contrat le mot significatif de *imponere*. Juridiquement, l'affranchi n'est pas forcé de s'engager, il donne un consentement libre; mais en fait il obéit. Voilà, si je ne me trompe, l'idée de la cause du contrat de services : *libertatis causa*.

Le principe posé par Ulpien, que le serment doit être fait *libertatis causa*, est suivi de deux observations qui tendent à empêcher d'en exagérer la rigueur.

D'abord, à la considération de la liberté peut se joindre une autre cause, qui peut même parfois être plus immédiatement déterminante, mais qui, n'excluant pas la première, n'empêche pas l'obligation de résulter du serment et n'enlève pas au contrat son caractère spécial. Ainsi, un testateur fait un legs à son affranchi, sous la condition qu'il jurera des services au fils du même testateur. L'affranchi prête le serment, qui est la condition de son legs. Ce serment l'engage-t-il? Car il a juré plutôt pour réaliser la condition et faire produire effet à son legs, que pour reconnaître le bienfait de la liberté et l'autorité du patron. Peu importe, dit Celsus Jubentius, peu importe le motif qui lui a fait prêter le serment : *parvique referre quam ob causam de operis libertus juraverit*. Cette

phrase, qu'Ulpien approuve, n'est pas évidemment écrite pour détruire le principe posé quelques lignes plus haut : elle signifie simplement qu'on ne subtilise pas sur le mobile qui a pu déterminer l'affranchi ; le legs avec charge n'est pas une disposition à titre onéreux ; l'affranchi n'a pas, en jurant, acheté son legs ; il a entendu lui faire produire effet, mais cela n'exclut pas chez lui l'esprit d'obéissance, l'idée de l'*officium* qui lui fait promettre les services auxquels son patron le requiert de s'engager. Le serment produira donc son effet obligatoire.

La seconde observation, c'est que si le serment est prêté en considération de la liberté, il ne faudrait pas en conclure qu'il ne puisse être prêté qu'immédiatement après l'affranchissement. La cause légale subsistera même si l'affranchi laisse écouler un long délai avant de prêter serment ; en fait, son respect et sa fidélité pourraient s'atténuer pendant ce délai, et le patron qui n'aurait pas requis le serment assez tôt serait peut-être plus exposé à se le voir refuser : mais s'il est prêté, ce n'est pas l'époque tardive à laquelle il sera intervenu qui pourra l'empêcher d'être obligatoire.

Le texte d'Ulpien qui nous a servi de point de départ dans ce chapitre parle du contrat formé par serment, et c'est sur cette hypothèse que j'ai eu soin de raisonner. Faut-il étendre la théorie qui vient d'être présentée au cas où le contrat a lieu dans la forme de la stipulation ?

En principe, nous l'avons dit, dans les obligations contractées en cette forme, il n'y a pas à rechercher la

cause. Mais ce principe comporte des dérogations, la force des choses le veut. Lors en effet que la loi ou le prêteur ont réglementé certaines opérations juridiques, il n'a pas été admissible que la stipulation pût échapper à ces règles, sous prétexte que les principes défendraient de rechercher si elle avait servi à réaliser de telles opérations. Ainsi lorsque la stipulation avait servi à faire une donation, il est bien certain qu'on pouvait le prouver pour faire l'application de la loi *Cincia*.

Cela posé, il est évident, d'une part, que si l'on établit l'existence d'une cause autre que la considération de la liberté et le respect du droit du patron, on n'arrivera pas par là à faire prononcer la nullité du contrat de services formé par voie de stipulation, comme s'il avait été conclu par serment; parce que, à la différence du serment, dont l'usage est spécial, la stipulation sert à réaliser toutes sortes de conventions. Ainsi la stipulation ayant pour objet des services pourrait être adaptée à une convention qui serait au fond un louage de services; elle n'en serait pas moins valable, tandis qu'en pareil cas le serment serait sans effet. Mais, d'autre part, si l'on établit qu'il s'agit de services promis par un affranchi à son patron en considération de la liberté, il en résultera qu'on devra appliquer toutes les règles relatives à ce contrat spécial, et que nous verrons en leur lieu, notamment quant à la nature des services dus, aux cas où ils peuvent être imposés, aux causes d'extinction de l'obligation. Cela ne peut faire de doute; il est évident qu'on ne pouvait se

soustraire à ces règles en remplaçant le serment par la stipulation ; et les textes ne distinguent pas à cet égard les *operæ* promises par serment des *operæ* promises par stipulation.

Ainsi la stipulation peut servir à réaliser un contrat identique à celui qui se forme par le serment d'*operæ* et régi par les mêmes règles ; mais elle ne fait pas aussi naturellement présumer un tel contrat, parce que son application s'étend aussi bien à toutes sortes de conventions : ainsi nous l'avons trouvée employée pour le rachat de la liberté, dont le caractère est différent de celui du contrat de services.

CHAPITRE V

PERSONNES ENTRE LESQUELLES SE FORME LE CONTRAT DE SERVICES

Entre quelles personnes peut être contractée l'obligation des services d'affranchis? Évidemment entre patron et affranchi. Ce genre de contrat est spécial; une personne quelconque peut bien s'engager envers une autre à lui fournir des *operæ*; c'est ce qui a lieu couramment dans la *locatio operarum*; mais les promettre *libertatis causa*, de manière que l'engagement soit régi par toutes les règles qui dérivent de ce caractère du contrat, ce ne peut être le fait que d'un homme qui a passé par la servitude, et il ne peut faire cette promesse qu'à celui qui lui a donné la liberté, ou du moins à celui qui a sur lui le droit patronal, ce qui n'est pas toujours la même chose, comme la suite va nous le montrer. Ce contrat n'intervient même pas entre le père et le fils qu'il émancipe : l'émancipation n'est pas assimilée à l'affranchissement.

Bien que le droit du maître sur les esclaves ait quelque-chose de familial, et que celui du père sur les enfants ne soit pas exempt de tout élément pécuniaire, ces droits sont très différents; on attache à la promesse d'*operæ* un caractère servile qui ne permet pas de l'imposer à un fils; son objet ne rentre pas dans les devoirs ordinaires de l'enfant envers son chef de famille. *Pietatem liberi parentibus, non operas debent*, dit le jurisconsulte Trypho-ninus (F. 10, *De obseq. par. et patr. præst.*, XXXVII, 15). V. aussi F. 4, *Si a par.*, XXXVII, 12.

Mais entre patron et affranchi, ce contrat paraît si digne de faveur qu'on étend pour lui les règles de la capacité ordinaire. On admet, en effet, que l'affranchi même impu-bère peut contracter l'obligation d'*operæ*. F. 7₃, *De op. lib.*; F. 44₂, *De lib. caus.*, XL, 12. On pourrait supposer que cette capacité spéciale était restreinte au cas où l'obliga-tion se contractait par serment, et l'expliquer en disant que le lien religieux engageait assez l'enfant, pourvu qu'il eût été d'âge à comprendre ce qu'il faisait, pour qu'on ne se tint pas à la rigueur de la règle civile. Mais on peut trouver une autre explication dans le caractère de la promesse, et celle-là s'appliquerait aussi bien à la promesse par stipulation. Le patron a droit naturel-lement à des *operæ* en vertu du droit qu'il retient sur son ancien esclave; le sentiment de cette obligation natu-relle joue un rôle dans le consentement donné par l'af-franchi; dès lors, on ne redoute pas en cette matière l'in-fluence de celui qui se fait promettre des *operæ* sur celui

qui les promet; elle est considérée comme légitime, pourvu qu'elle ne soit pas employée à faire contracter des engagements plus onéreux que ceux qui sont admis par la loi ou par la coutume, auquel cas la promesse n'engagerait même pas l'affranchi adulte. Il ne faut pas faire intervenir ici le droit de tutelle du patron sur son affranchi impubère : il ne pourrait à ce titre lui donner l'*auctoritas*, car il ne peut être *auctor in rem suam*. C'est l'impubère seul, sans assistance aucune, qui s'oblige valablement; ce qu'il ne pourrait évidemment pas faire en une autre circonstance, par exemple s'il s'agissait d'acheter sa liberté. Ici apparaît donc nettement la distinction entre le pur contrat à titre onéreux, où les parties sont sur un pied d'égalité, fournissant chacune l'équivalent de la prestation de l'autre, contrat purement pécuniaire et juridique; et le contrat familial, dominé par le rapport social des contractants, où la volonté de l'une des parties joue un rôle prépondérant, où il ne s'agit que de donner force juridique à l'obligation naturelle qui résulte de l'autorité conservée par le patron sur son affranchi.

Venulcius, dans l'un des fragments du Digeste que l'on vient de citer, fait observer que, si le serment prêté par l'affranchi impubère l'oblige, il ne pourra toutefois être exercé de ce chef d'action contre lui que lorsqu'il aura atteint l'âge de puberté; bien que matériellement il puisse exécuter son obligation avant cette époque, en rendant des services qui sont à la portée d'un enfant.

Ulpien, allant plus loin, décide même que, s'il s'agit de pareils services, l'enfant, étant tenu d'une obligation actuellement exigible, sera passible de l'action qui en résulte.

Le rapport de patron à affranchi n'autorise pas toujours la formation du contrat d'*operæ*. Il est des cas, en effet, où l'autorité patronale, amoindrie, n'a pas assez de puissance pour permettre au patron de se faire promettre des *operæ* ; c'est ce qui a lieu lorsque le maître s'est trouvé obligé d'affranchir, ou encore, ce qui arrive quelquefois, lorsque la liberté a été conférée à l'esclave sans son concours. Nous allons examiner les cas qui nous sont signalés par les textes.

Voici d'abord le cas où l'esclave a été *suis nummis emptus*. Il s'agit d'un esclave qui, pour arriver à se faire affranchir, s'est fait acheter par un tiers. Si une personne, de son propre mouvement, achète un esclave avec l'intention de l'affranchir, elle ne peut évidemment être contrainte à cet affranchissement, qui constituera de sa part une pure libéralité ; et si elle affranchit, elle aura tous les droits d'un patron ordinaire. Mais nous supposons une personne qui, ne se proposant pas pour elle-même d'acheter l'esclave pour s'en faire un affranchi, consent à lui prêter son concours à l'effet de sortir de la puissance de son maître, pourvu qu'il fournisse les fonds. C'est là le sens de l'expression *suis nummis* ; ainsi que le fait observer Ulpien (F. 4, *De manum.*, XL, 1), on ne peut pas dire à proprement parler que l'esclave soit acheté de ses deniers, puisqu'il n'a rien qui soit à lui ; mais on emploie cette

expression quand l'esclave se charge de fournir les fonds, et que l'acheteur ne doit pas supporter, au moins définitivement, le prix d'achat. C'est ce qui arrive notamment lorsqu'un ami autre que l'acheteur avance à l'esclave ou même lui fournit gratuitement la somme nécessaire, ou lorsque, l'acheteur lui-même faisant l'avance des fonds, il est entendu que l'esclave les lui remboursera (1). Quel est le but de cette combinaison ? Pourquoi l'esclave se fait-il acheter par un tiers qui doit l'affranchir, au lieu de fournir son prix à son maître, ainsi que nous avons vu que cela pouvait se faire ? On peut supposer que le maître ne veut pas affranchir son esclave, même à prix d'argent, par malveillance, et que l'esclave, avec la connivence d'un tiers, emploie un moyen détourné pour arriver subrepticement à la liberté. Le maître croit vendre simplement son esclave, et ne sait pas qu'il le fait arriver à la liberté ; il ne pousse pas d'ailleurs la malveillance jusqu'à insérer dans la vente une

(1) Ulpien indique encore une autre hypothèse : celle où l'esclave tire les fonds de son pécule. Elle est très difficile à comprendre ; car l'achat fait *nummis servi* paraît bien être un procédé employé par l'esclave pour se soustraire à la puissance de son maître afin d'obtenir un affranchissement auquel ce dernier n'aurait pas consenti : or, si le pécule peut servir à payer la rançon de la liberté lorsque le maître y consent, comment concevoir qu'il puisse servir à payer le prix de vente de l'esclave ? Comment peut-on payer le vendeur avec des deniers qui lui appartiennent, ainsi qu'Ulpien le reconnaît formellement, puisqu'il dit : *ex peculio, quod ad venditorem pertinet* ? Le texte ne donne aucune explication à cet égard, et les principes généraux ne semblent pas en fournir davantage.

cause prohibitive de l'affranchissement. Sans doute, cette combinaison n'est pas vue d'un œil favorable par les jurisconsultes ; Papinien (F. 34, *Mandati*, XVII, 1) déclare que ce sont là des procédés blâmables par lesquels les esclaves se soustraient à leurs maîtres, *se ipsi mala ratione dominis auferunt* ; et, en ce qui concerne le maître, si, découvrant la fraude, il veut l'empêcher, on lui permet de réclamer l'esclave non encore affranchi. Mais la faveur de la liberté ne permet pas de considérer l'affranchissement une fois obtenu comme vicié ; et pour ce qui est des rapports de l'esclave avec l'acheteur qui lui prête son concours, on considère que la bonne foi exige l'affranchissement. Toutefois, pendant longtemps l'acheteur ne put pas être obligé à affranchir ; en droit, il était réellement devenu propriétaire de l'esclave, et il ne pouvait être tenu envers lui d'aucune obligation civile, même à raison de son dol. Il est clair pourtant que dans l'intention des parties il avait dû jouer un rôle fictif ; Ulpien (F. 4, *De manum.*) l'appelle *imaginarius emptor*. On finit donc par le considérer comme véritablement tenu d'affranchir, et un rescrit des empereurs Marc-Aurèle et Verus décida que, s'il s'y refusait, l'esclave pourrait être affranchi par décision du magistrat.

Peut-être décidait-on dès avant ce rescrit que le maître, lorsqu'il affranchissait l'esclave *suis nummis emptum*, ne faisant qu'exécuter une obligation naturelle, ne pouvait lui imposer des *operæ*. Mais en tout cas, depuis le rescrit, la conséquence est certaine. La liberté qu'il a été entendu

de donner à l'esclave est la liberté complète ; l'acheteur n'est devenu propriétaire que pour la forme, et n'a pas pu garder le droit de demander des *operæ*. S'il a trompé la confiance de l'esclave, et s'il a été nécessaire de recourir à l'autorité publique, Ulpien ne lui reconnaît même pas le titre de patron, à tel point que l'affranchi pourra le citer en justice aussi bien qu'une personne qui lui serait absolument étrangère (F. 10 pr., *De in jus voc.*, II, 4). Cette décision rigoureuse doit être restreinte au cas de mauvaise foi visé par le jurisconsulte ; mais dans tous les cas, même si le maître a lui-même affranchi, il n'y a pas lieu à l'imposition d'*operæ*, bien que dans ce dernier cas le titre de patron soit reconnu au *manumissor* (C. 7, *De op. lib.*).

Un autre cas assez voisin du précédent est celui où la propriété de l'esclave a été transférée avec clause qu'il serait affranchi. Peu importe d'ailleurs à quel titre a eu lieu la transmission de la propriété, soit à titre de vente (F. 13 pr., *De op. lib.*), soit à titre de donation (C. 1, IV, 57). Quel pouvait être l'intérêt de cette combinaison ? Pourquoi le maître n'affranchissait-il pas lui-même, et quel intérêt pouvait trouver l'acquéreur à devenir propriétaire de l'esclave, s'il était tenu de l'affranchir ? Il suffit pour s'en rendre compte de remarquer que, la plupart du temps, les textes qui parlent de cette clause indiquent un délai dans lequel l'affranchissement devait avoir lieu, délai qui peut être de plusieurs années ; de sorte que l'acheteur ou le donataire acquérait un droit, temporaire il est vrai,

mais effectif. Il payait apparemment d'autant moins cher que son droit devait durer moins longtemps ; mais cela pouvait suffire au vendeur, désireux de retirer un prix de son esclave en le faisant parvenir à la liberté, mais ne voulant pas lui imposer de se racheter. Une constitution de Marc-Aurèle décida qu'au terme fixé l'esclave se trouverait libre de plein droit, alors même que l'acquéreur ne l'affranchirait pas ; et de la différence de cette sanction avec celle que nous avons trouvée dans le cas précédent, il faut sans doute conclure qu'il n'y a pas à distinguer, au point de vue des conséquences, le cas où le maître affranchit de celui où il n'affranchit pas ; car, la liberté ayant lieu de plein droit, le défaut d'affranchissement ne suppose pas la mauvaise foi du maître ; il se borne à négliger des formalités qui sont devenues surrogatoires. Aussi l'esclave qui devient libre dans ces conditions a-t-il dans tous les cas pour patron celui qui l'a acquis à charge de l'affranchir, soit qu'il ait été effectivement affranchi, soit qu'il soit devenu libre par la force de la loi ; cela était d'ailleurs spécifié dans la constitution de Marc-Aurèle (F. 10 pr., *De in jus voc.*, II, 4).

Mais ce patron, dans les deux hypothèses, se trouvant dans le cas d'un affranchissement nécessaire, ne peut imposer la charge d'*operæ*. Et, bien entendu, j'emploie ici, comme dans tous les exemples que nous parcourons actuellement, le mot *imposer* dans le sens du latin *imponere*, c'est-à-dire que même avec le concours de la volonté de l'affranchi le contrat ne peut pas se former. C'est

ce qui résulte de bien des textes qui supposent que des *operæ* ont été *impositæ*, et décident que le contrat est sans effet (F. 13 pr., *De op. lib.*; C. 2, *De op. lib.*).

Un autre cas est celui de la liberté donnée par fidéicommis. Dans ce cas, l'esclave ne devient pas libre par le seul effet de *l'aditio hereditatis*, comme lorsque la liberté lui a été directement donnée par le testateur; et à la différence aussi de l'esclave libéré directement, il ne deviendra pas affranchi du défunt, *libertus orcinus*. Il ne deviendra libre que par l'affranchissement opéré par l'héritier qui se trouve grevé de cette charge, et il sera l'affranchi de cet héritier. L'héritier, d'ailleurs, est tenu de l'affranchir; s'il ne le fait pas, l'esclave pourra recourir au magistrat, qui le rendra libre par décret; et ici comme dans le cas de l'esclave *suis nummis emptus*, l'héritier qui, de mauvaise foi, se sera refusé à l'affranchissement, n'acquerra plus la qualité de patron; cette qualité ne résultera pour lui de l'affranchissement prononcé par le magistrat, que si c'est par une cause indépendante de sa volonté qu'il n'a pas été affranchi, par exemple s'il avait un juste motif d'absence (FF. 26, 28, *De fideic. lib.*).

Même lorsque l'héritier affranchit, il ne fait que se conformer à la nécessité qui lui est imposée par le fidéicommis; ce n'est pas de son plein gré qu'il donne la liberté. Aussi ne peut-il demander que l'affranchi lui jure ou promette des services; et s'il les a jurés ou promis, il ne sera pas tenu. Ce fut sous Auguste qu'on commença à reconnaître aux fidéicommis force obligatoire. Peut-être

n'en tira-t-on pas immédiatement la conséquence qui nous occupe en ce moment, car la première décision d'où cette règle a été tirée est un rescrit d'Adrien, à ce que nous apprend Ulpien (F. 7, *De op. lib.*). A partir de ce précédent, la jurisprudence s'est fixée en ce sens.

Ce qu'il y a de curieux, c'est qu'on attribue à cette incapacité une sorte de caractère d'ordre public, de telle façon qu'on ne reconnaît pas au testateur le droit de la lever, et de permettre à son héritier d'imposer les *operæ* à l'esclave bénéficiaire du fidéicommiss de liberté. Il semblerait pourtant que si c'est le caractère obligatoire de l'affranchissement opéré par l'héritier qui empêche que des charges telles que les *operæ* y soient apposées, le testateur, auteur de cette obligation, pourrait la modifier et l'élargir en donnant à celui qui s'en trouve grevé, le droit d'imposer ces charges. Cependant cela ne fut pas admis, ainsi qu'en témoigne une réponse de Papinien (F. 42, *De op. lib.*) sur une clause d'un testament ainsi conçue : « *Cerdonem servum meum manumitti volo, ita ut operas heredi promittat.* » Non seulement la charge ajoutée au fidéicommiss ne crée pas par elle-même une obligation à la charge de l'esclave pour l'époque où il sera affranchi, de telle sorte qu'il se trouve de plein droit astreint à des *operæ* ou qu'on puisse exiger de lui la promesse ou le serment : mais même si, conformément aux termes du fidéicommiss, l'affranchi a promis à l'héritier, il n'est pas tenu, il n'y a pas d'action contre lui. Le jurisconsulte nous en donne la raison en ces termes : *Juri*

publico derogare non potuit, qui fideicommissariam libertatem dedit. Il s'agit donc là d'une règle qui repose moins sur une analyse juridique que sur la tendance de la jurisprudence romaine à restreindre la faculté pour les patrons d'imposer des *operæ*.

Un autre texte moins explicite nous donne une solution analogue : c'est une décision de l'empereur Alexandre Sévère (C. 9, *De op. lib.*) rendue dans un cas où le testateur avait voulu que l'affranchi fût tenu de continuer à ses héritiers le service ordinaire dont il s'acquittait déjà envers lui comme esclave. Ce cas si simple, si naturel, semblerait favorable : néanmoins le décret considère la clause comme non écrite.

Nous trouvons cependant au Digeste un texte dont il faut sans doute admettre la solution sous toutes réserves, car il détruirait dans la plupart des cas la règle que nous venons d'exposer. C'est peut-être une opinion isolée que les compilateurs auront admise, sans un examen assez serré, concurremment avec des textes qui la combattent. Le jurisconsulte Valens rapporte une opinion de Campanus, d'après laquelle il est bien du devoir du prêteur de s'opposer à ce qu'on fasse promettre des services ou des présents à l'esclave affranchi en exécution d'un fidéicommiss, mais on ne voit pas très bien comment se manifesterait cette opposition du prêteur : car le jurisconsulte ajoute que si, sachant qu'il était en droit de refuser la promesse, l'affranchi a consenti à s'engager, les *operæ* seront dues et le prêteur ne devra pas refuser l'action à

laquelle elles donnent lieu, car l'affranchi promettant ainsi en connaissance de cause semble avoir voulu faire une donation (F. 47, *De op. lib.*). Tout au moins sera-ce sans doute à celui qui réclamera les services, de prouver que l'affranchi a bien connu son droit ; cela supposé, comme en définitive il ne lui est pas défendu de faire une donation à celui qui l'a affranchi, son intention libérale ne peut guère être douteuse. Mais le principe subsiste : l'affranchi, en ce cas, ne peut rien promettre *libertatis causa*.

Un autre texte semble contraire, à première vuë, au caractère d'ordre public que nous avons reconnu à la prohibition. C'est le F. 29, *De bon. lib.*, dans lequel le jurisconsulte Marcien nous dit que, lorsque le défunt a légué à son fils un esclave, et l'a prié de l'affranchir, mais avec l'intention que ce fils eût sur l'esclave ainsi affranchi la plénitude du droit patronal, les services promis dans la suite à la réquisition du fils sont valablement dus. Le jurisconsulte nous présente d'ailleurs cette opinion comme devant l'emporter à son avis, mais il ne nous dit pas qu'elle soit incontestée : *defendendum est*. Il semblerait donc réduire la question à une question d'intention du testateur. Mais il s'agit, remarquons-le, du fils du maître ; or, ainsi que nous l'établirons un peu plus loin, les descendants du patron ont dans une certaine mesure le droit patronal sur les esclaves même affranchis par leur auteur. Ils ne sont donc pas dans la situation d'un héritier quelconque, et les principes ne

s'opposent pas à ce que le testateur entende leur réserver le droit patronal sur les esclaves qu'il les charge d'affranchir. La décision de Marcien doit donc être limitée au cas où c'est un fils du maître qui est grevé du fidéicommis de liberté. Paul la reproduit d'une manière plus catégorique, sans même parler de l'examen de l'intention du père de famille, et il en donne la raison. Le fils du testateur aurait pu, en sa qualité de fils de patron, se faire promettre des services par l'affranchi bénéficiant d'une liberté donnée directement, dont il n'est pourtant pas proprement le patron : on dira donc, à plus forte raison, que lorsqu'il a affranchi par suite d'un fidéicommis, et que par suite il est personnellement patron, il peut recevoir la promesse ou le serment. F. 33 pr., *De fideic. lib.*, XL, 5.

Il est d'ailleurs à remarquer que la qualité de *manumissor* volontaire peut concourir dans la même personne avec celle de *manumissor ex causa fideicommissi*. Il suffit pour cela de supposer que le testateur a grevé l'héritier d'un fidéicommis de liberté à terme, et que l'héritier affranchit avant l'expiration du délai. Pendant tout le temps qui reste à courir depuis l'affranchissement jusqu'au terme fixé, l'affranchi jouit d'une liberté qu'il ne doit pas au fidéicommis. On reconnaît par suite que ce temps appartient au patron ; pour ce qui concerne ce temps, il a pu valablement grever l'affranchi de services. C'est ce qui résulte d'un rescrit de Caracalla, C. 5, *De op. lib.*

Ulpien, au F. 13, *De op. lib.*, applique l'incapacité du

manumissor ex causa fideicommissi à celui au profit de qui a été faite l'*addictio bonorum libertatum conservandarum causa*. Il n'est pas à cet égard dans une situation différente de celle de l'héritier. Comme lui, il devient patron des esclaves auxquels la liberté a été laissée par voie de fideicommiss, mais cette qualité ne l'autorise pas à demander des *operæ*, parce qu'il n'affranchit pas par sa propre volonté et sans y être tenu.

Nous venons de parcourir divers cas où l'esclave n'est entré dans le patrimoine de celui qui l'affranchit qu'à charge de liberté. D'autres fois l'obligation résulte, non de l'acte en vertu duquel l'esclave est entré dans le patrimoine, mais d'un contrat fait relativement à un esclave qui appartenait déjà à celui qui devra l'affranchir. A raison d'une contre-prestation qu'il reçoit, ce dernier se trouve dans la nécessité de conférer la liberté. Un semblable cas se trouve indiqué au Code, C. 3, *De op. lib.*; c'est celui où un tiers a remis au maître une somme d'argent pour qu'il affranchisse l'esclave. Le maître ne pourra imposer des *operæ* à cet esclave affranchi; la promesse qui en serait faite serait nulle. Papinien (F. 49, *De manum.*) assimile ce cas à celui où l'esclave est acheté *suis nummis*; et cependant, ainsi qu'il le remarque lui-même, le plus souvent en pareil cas les deniers sont effectivement fournis par celui qui les verse : c'est ordinairement une personne qui a un intérêt d'affection à obtenir la liberté de l'esclave; c'est par exemple son père ou son frère naturel: mais aussi cette personne ne joue-t-elle pas le

rôle d'acheteur; elle joue le rôle de l'ami qui procure libéralement à l'esclave la somme au moyen de laquelle il désintéressera son acquéreur. Ici c'est celui qui était déjà son maître que l'esclave désintéresse, et le maître se trouve dans une situation analogue à celle de l'*imaginarius emptor*, en ce que, comme lui, il a consenti à recevoir l'équivalent en argent de l'esclave et à être tenu en revanche de l'affranchir : il en est tenu ici, non envers l'esclave lui-même, mais envers le bailleur de fonds, et il peut être contraint, dit Papinien, même contre son gré, à donner la liberté; c'est-à-dire apparemment que s'il refuse de la donner, on aura recours à un décret du magistrat pour prononcer l'affranchissement.

Cette théorie tendrait à rendre vraisemblable cette idée, que l'affranchi qui avait racheté lui-même sa liberté ne pouvait être tenu d'*operæ* envers son patron. Pourquoi distinguer le cas où l'esclave fournit une somme pour sa liberté de celui où cette somme est fournie par un tiers? Toutefois l'assimilation me paraît douteuse; je ne trouve pas de texte qui signale l'empêchement à la formation du contrat d'*operæ* que nous supposons en ce moment, et je trouve une différence entre les deux cas. Le maître qui reçoit de l'argent d'un tiers contracte envers lui l'obligation d'affranchir son esclave; c'est un contrat innommé *do ut facias*. Au contraire, le maître qui reçoit de son esclave une somme moyennant laquelle il est convenu de l'affranchir, ne contracte aucune obligation. Sa conscience seule lui fait un devoir de procéder à l'affranchis-

sement; s'il ne le fait pas, il n'y aura contre lui aucun moyen légal; on ne pourrait donc donner une base juridique tant soit peu solide à la diminution de son droit patronal. Au surplus, les textes indiquent, au point de vue du droit de succession, qu'il y a une différence entre le cas de l'esclave qui s'est fait racheter *suis nummis* pour être affranchi, et a été effectivement affranchi par l'acquéreur, et celui de l'esclave qui a racheté sa liberté de son maître : *multum interest* , écrivent les empereurs Septime Sévère et Antonin Caracalla (C. 4, *De bon. lib.*). Dans le premier cas, le patron n'est pas admis à la *bonorum possessio contra tabulas* de l'affranchi; dans le second, *omnia jura patronatus retinet* . Cette expression si large n'implique-t-elle pas que ce patron conserve la faculté de recevoir la promesse d' *operæ* ? En tout cas, à supposer qu'elle ne se réfère, étant donné le sens général du texte, qu'aux droits de succession, il semble assez naturel de donner par analogie la même solution pour le contrat de services. Je suis donc porté à croire que, lorsqu'un maître a vendu la liberté à son esclave, la promesse ou le serment de services que fait l'affranchi au patron n'en est pas moins valable.

Nous avons vu quels affranchis peuvent contracter l'obligation de services, et envers quels patrons elle peut être valablement contractée. Mais, comme on l'a dit au commencement de ce chapitre, ce qu'il faut supposer pour que cette obligation puisse être créée, c'est le droit patronal; et ce droit patronal n'est pas absolument lié

à la qualité d'auteur de l'affranchissement, de *manumissor*. Le lien entre patron et affranchi n'est pas un lien purement fictif, une création juridique, dérivant du fait de l'affranchissement, et ne touchant nullement les personnes étrangères à ce fait. C'est un lien de famille, et dès lors il est tout naturel de penser qu'il doit subsister, au moins dans une certaine mesure, entre chacune des deux parties et les personnes unies à l'autre par la parenté. Ce lien, comme nous le verrons, ne se prolonge pas très loin; l'époque que nous permettent d'étudier les documents juridiques est une époque où le régime patriarcal ne règne plus dans toute son ampleur; où la prédominance de l'agriculture, d'abord, a brisé la vieille *gens* et fait disparaître l'institution héréditaire de la clientèle; où ensuite les complications sociales, le développement des entreprises commerciales, ont favorisé l'individualisme. Malgré cela, nous trouvons que le rapport patronal n'est pas rigoureusement limité à la personne du *manumissor* et à celle du *manumissus*. Les enfants de l'affranchi, bien qu'ils naissent ingénus, le caractère de libertinité n'atteignant que les individus qui ont été personnellement esclaves, restent liés, dans une certaine mesure, au patron, si bien qu'au Bas Empire on leur étendit les peines de l'ingratitude (CC. 3 et 4, *De libert. et liber. eor.*, IV, 7). Mais tout le droit des services d'affranchis leur est étranger; les textes ne parlent pas d'eux à cet égard. D'autre part, les descendants du patron conservent sur l'affranchi un certain droit: le titre même de *patrons* leur a été

anciennement attribué (Fr. Vat., 308); et plus tard on a dit d'eux, du moins : *pro patronis habentur*. Or leur droit patronal va jusqu'à la faculté de recevoir la promesse d'*operæ*; c'est ce que quelques textes vont démontrer.

Nous trouvons d'abord des textes qui prouvent que la volonté du patron ou du maître peut légalement lui survivre et déterminer une promesse *libertatis causa* après son décès, promesse qui est faite alors, non plus à lui, mais à son fils. C'est ce qui résulte de deux textes que nous avons eu déjà occasion de citer. D'abord, le F. 7₁ *De op lib.*, qui suppose le cas d'un legs fait par un patron à son affranchi, à condition que le légataire jurera des services au fils du testateur. On s'est demandé si ce serment obligeait l'affranchi, s'il y avait là la *libertatis causa*; et la décision a été affirmative. Ensuite, le F. 29₁ *De bon. lib.*, relatif au fidéicommis de liberté imposé au fils, *ea mente ut plenum jus patroni habeat*.

Mais il ne faut même pas supposer que l'affranchi ne puisse promettre des services au fils de son ancien maître que par respect pour la dernière volonté de ce dernier. Cette dernière volonté ne serait pas efficace en toute hypothèse, nous l'avons vu à propos du fidéicommis; il faut, pour qu'elle puisse produire effet, qu'elle se manifeste en faveur d'une personne ayant par elle-même la capacité d'être créancière de services d'affranchi. Si le testateur peut autoriser son fils à imposer des services à l'esclave qui reçoit la liberté par fidéicommis, c'est que le grevé a par lui-même, en sa qualité de fils de maître, la

capacité nécessaire pour recevoir l'engagement de l'affranchi. C'est ici le lieu de rappeler le F. 33 pr., *De fideic. lib.*, XL, 5, cité plus haut, qui est le texte le plus décisif en cette matière, puisque, sans nous parler d'aucune expression de volonté de la part du défunt, il déclare que son fils a, en cette qualité, le droit de recevoir la promesse de services, même des affranchis gratifiés directement de la liberté par le testament de son père, qui cependant ne sont certainement pas ses affranchis à lui.

Je me crois donc autorisé à dire que le fils du patron a une aptitude aussi étendue que celle du patron lui-même à devenir créancier d'*operæ*. Il devait sans doute en recevoir moins habituellement la promesse, parce que, n'ayant pas lui-même conféré la liberté, il n'avait pu faire avec l'esclave de conventions préliminaires à l'affranchissement, ni lui imposer le premier serment d'où résultait l'obligation morale garantissant la formation du contrat civil après l'affranchissement.

D'autre part, souvent la promesse ou le serment déjà faits au *manumissor* suffisaient à son fils, auquel se transmettait activement l'obligation née du contrat, ainsi que nous le verrons plus tard. Mais cette plus grande rareté en fait n'exclut pas la parité de situation, en droit, du *manumissor* et de son fils au point de vue de la formation du contrat de services.

Quand nous parlons du fils, il faut bien entendre que nous parlons de celui qui a conservé jusqu'au décès de son père la plénitude du lien civil avec lui, c'est-à-dire

celui qui, à son décès, se trouvait sous sa *patria potestas*; ce qui exclut le fils émancipé ou donné en adoption. Il y a un parallélisme presque complet entre le droit à la succession de l'affranchi et le droit de lui imposer des services. Or, au point de vue successoral, le patron et ses descendants ont vis-à-vis de l'affranchi une situation analogue à celle qu'ont à l'égard d'une personne ingénue les agnats en droit civil ou les *legitimi* en droit prétorien. L'émancipation et la dation en adoption, même après les réformes du préteur, ont dans cet ordre de successibles un effet exclusif complet. Continuant le rapprochement entre la matière des successions et celle des *operæ*, nous dirons qu'au fils il faut assimiler le fils adoptif et les descendants par les mâles à tous les degrés qui ne se trouvent, lors du décès, séparés du *paterfamilias* par aucun intermédiaire appartenant encore à la famille; en un mot, tous ceux qui au moment du décès du *paterfamilias* sont sous sa *patria potestas*, et deviennent *sui juris* par l'effet de ce décès.

Le *manumissor* est ordinairement une personne *sui juris*. Il peut se servir, pour recevoir la promesse de services, des personnes qui sont en sa puissance, d'un fils ou même d'un esclave (FF. 8 pr., 10 pr., *De op. lib.*). C'est l'application du droit commun; il s'agit ici d'un contrat unilatéral qui rend meilleure la condition du *paterfamilias*.

En revanche, le fils ou l'esclave ne peut affranchir un esclave, car en le faisant il rendrait pire la condition du *pater*; et même, comme c'est là un acte qui n'est pas prin-

ciatement pécuniaire, et qui relève tout spécialement de l'autorité personnelle du *pater*, on décide que les pouvoirs généraux du fils sur son pécule ne l'autorisent pas à affranchir les esclaves qui y sont compris. Il ne peut les affranchir qu'en vertu d'une volonté conforme et spéciale de son père. F. 13, *De jure patr.* Modestin, qui nous donne cette décision, ajoute que l'esclave ainsi affranchi devient affranchi du père : le père seul a le titre de patron, et à lui seul reviennent, conformément aux principes généraux, tous les avantages pécuniaires pouvant résulter du droit patronal sur cet affranchi : c'est lui qui a droit à sa succession, c'est à lui que sont dus les services que cet affranchi peut promettre. Rien n'indique même que ces avantages forment un accroissement du pécule du fils, et il y a tout lieu de croire qu'il n'en est rien.

On sait que la rigueur du principe qui absorbait, au point de vue pécuniaire, la personne du fils dans celle du père, a subi une atteinte très remarquable en faveur du fils de famille militaire en ce qui concerne son *peculium castrense*. Aussi trouvons-nous en notre matière des décisions spéciales à ce cas. Le fils est à l'égard de ce pécule *loco domini*. Ce principe va si loin, que le fils peut affranchir les esclaves qui dépendent de son *peculium castrense*. Seulement, quant aux conséquences de cet affranchissement, on n'est pas allé dès le principe aux conclusions extrêmes. Julien décidait que l'esclave devenait affranchi du *pater* ; il admettait seulement que, tant que le fils vivait, il était préféré à son père dans la succession de

l'affranchi; elle formait sans doute un accroissement de son pécule *castrense*. Mais un rescrit d'Adrien a précisé la situation dans le sens le plus favorable au fils, en décidant que c'est à lui que l'affranchi appartiendrait, qu'il serait patron, et aurait les droits successoraux attachés à cette qualité (FF. 3, 22, *De bon. lib.*). Sans doute, à partir de ce moment, le fils eut droit aussi aux services de cet affranchi.

Étant établi que les services de l'affranchi ne peuvent être jurés qu'au patron ou à ceux qui *pro patronis habentur*, on pourrait se demander si le patron ne pouvait pas faire bénéficier de son droit d'autres personnes, soit en leur faisant promettre des services, soit en se faisant promettre à lui-même qu'il leur en serait rendu. Mais cette question viendra plus à propos quand nous aurons étudié l'objet de l'obligation et ses caractères essentiels.

CHAPITRE VI

OBJET DU CONTRAT

Il s'agit maintenant d'aborder l'étude du contenu de l'engagement qui résulte, à la charge de l'affranchi, du contrat dont nous avons examiné les diverses conditions de formation.

Jurare autem debet operas, donum, munus se præstaturum : operas qualescumque, quæ modo probe jure licito imponuntur. Ulpien, F. 7, *De op. lib.*

L'objet principal de ce contrat, ce sont les *operæ* : c'est ce mot qui figure dans la rubrique des titres du Digeste et du Code qui se rapportent le plus directement au sujet de cette thèse : *De operis libertorum*.

Aux *operæ*, il faut ajouter les *dona* ou *munera*. C'étaient des présents que l'affranchi s'obligeait à faire à son patron ; le mot *donum* est général, le mot *munus* désigne un présent fait à une occasion déterminée, par exemple en l'honneur du mariage du patron ou de son fils, ou de

la naissance d'un enfant, ou de l'anniversaire d'un semblable événement. (F. 194, *De verb. signif.*)

Le mot *operæ* désigne, dans le sens le plus général, le travail, l'industrie, l'application manuelle ou intellectuelle de l'homme. Il n'a donc rien de spécial aux rapports entre patron et affranchi; on en fait les applications les plus diverses. On désigne plus particulièrement par le pluriel *operæ* le travail compté, mesuré par le temps employé, par exemple à la journée, indépendamment de l'ouvrage effectué, travail qui fait l'objet de conventions et de traités pécuniaires. Lorsque le travail est compté à la tâche, c'est bien le travail qu'on emploie, mais c'est l'œuvre qu'on a en vue, *opus*. Ces deux expressions sont bien connues dans la matière du contrat de louage, où l'on distingue *locatio conductio operarum* et *locatio conductio operis faciendi*.

Voyons quels genres de services étaient demandés aux affranchis à titre de *libertatis causa imposita*, et quel était le mode de leur engagement.

M. Lemonnier, dans son *Étude historique sur la condition privée des affranchis* (liv. VI, chap. 2), fait une revue intéressante des professions qui étaient exercées par les affranchis, question qui, par la force des choses, et ainsi d'ailleurs que le montrent les textes, se lie intimement à celle du genre de services dont ils étaient tenus envers leur patrons. On peut voir par cette étude qu'ils n'étaient pas confinés dans un ordre particulier d'occupations, mais que leur activité avait un vaste champ d'exer-

cice. Nous trouvons parmi eux des gens de métier et de service de toutes catégories, des adeptes de ce que nous appellerions aujourd'hui professions libérales (médecins, professeurs), des commerçants de tout genre et de tout étage, des employés soit de particuliers, soit d'administrations publiques, dont un certain nombre ont même assez d'importance et d'attributions propres pour qu'on les appelle des fonctionnaires, pourvu qu'on remarque bien qu'il ne s'agit que de fonctions n'ayant pas de caractère politique et ne conférant pas les honneurs des vieilles magistratures de la République. En définitive, ils forment avant tout ces diverses catégories de types qui se développent dans les sociétés compliquées et au plus haut degré dans les centres urbains placés sous l'influence prépondérante du commerce : les artisans, nombreux et divers, pour satisfaire aux besoins d'une population très dense ; la classe moyenne, qui s'élève par le commerce et les cultures intellectuelles à des situations supérieures à celles de la classe ouvrière, et parfois à des fortunes colossales ; la domesticité que développent largement les grandes fortunes ; et toute cette masse d'industriels qui ne sont ni artisans ni artistes, qui vivent des besoins les plus factices, les plus frivoles, parfois les plus bas, d'une société où la complication de la vie ne va pas sans luxe, plaisirs recherchés et corruption.

M. Lemonnier a très bien exposé ce caractère multiple de la classe des affranchis, qui ne constitue pas, à vrai dire, une classe unique de la société, mais qui est répartie dans

les diverses classes que nous venons d'indiquer, ne les constituant pas d'ailleurs à elle seule, mais leur fournissant un gros contingent. M. Lemonnier paraît aussi avoir fait une très saine appréciation du caractère moral de cette fraction importante de la population romaine, en s'abstenant de toute idée absolue et de toute exagération ; en reconnaissant que bien des affranchis, ceux naturellement qui ont fait le plus de bruit, les parvenus sans scrupules ni principes, ont donné des exemples scandaleux, mais qu'il ne faut pas juger par eux de tous les affranchis ; que cette classe a compté sans doute beaucoup d'honnêtes gens et a peut-être été, en somme, dans la masse, un élément de la société aussi honorable qu'un autre, au lieu d'en être une plaie comme les satiriques et les pamphlétaires tendraient à le faire croire.

Les services des affranchis envers leurs patrons ont naturellement été en rapport avec leur rôle dans l'ensemble de la population. Ils fournissaient des journées d'ouvriers, notamment en tout ce qui concerne le bâtiment ; ils faisaient des écritures, tenaient des comptes, administraient des bibliothèques, géraient des propriétés ou des entreprises diverses ; ils accompagnaient leur patron en voyage ou gardaient sa maison en son absence ; ils rendaient des services d'acteur, de chanteur, de pantomime, ou de médecin, d'architecte, et mille autres de ces diverses catégories.

Il est très intéressant de bien constater, au point de vue des rapports entre le patron et l'affranchi, le caractère

de ces services. Ils ne constituent pas un mode d'engagement d'ouvriers envers un patron au sens moderne du mot, c'est-à-dire envers un chef d'industrie. Cela est de toute évidence pour ceux de ces services, et ils sont en grand nombre, qui se rattachent à des professions étrangères aux arts manuels et où ne se produit pas le rapport de patron à ouvrier : celles que nous appelons aujourd'hui les professions libérales. Quant aux services manuels, eux-mêmes n'ont pas ce caractère, car bien souvent ils sont rendus à un patron qui n'est pas de la profession de l'affranchi, et lors même que patron et affranchi exercent la même profession, ce qui devait arriver assez souvent, le travail fait par le second pour le premier n'a pas ordinairement un caractère de permanence qui permette de supposer que l'affranchi est *l'ouvrier* de son patron. A supposer que cela se soit présenté quelquefois, ce n'a pu être qu'un fait assez exceptionnel et qui ne donne point la caractéristique des services d'affranchis. Les Romains, au surplus, ne pratiquaient pas la grande industrie, qui n'est née que dans les temps modernes sous l'influence des méthodes de travail introduites par la découverte de la houille et des propriétés de la vapeur et de l'électricité. Le petit atelier ne pouvait développer très largement l'utilisation des affranchis comme ouvriers.

Les Romains pratiquaient cependant un travail où l'on pourrait supposer l'emploi d'affranchis en qualité d'ouvriers dirigés par un grand patron : c'est l'agriculture. Or, précisément les textes qui nous parlent des services

d'affranchis ne font aucune mention de services agricoles. On ne peut certainement pas conclure de là que l'affranchissement ne fût pas usité à l'égard des esclaves cultivateurs. Il est même certain que les Romains n'ont pas pratiqué uniquement la culture au moyen d'esclaves réunis en troupes, et qu'ils ont eu de plus en plus, au moins sous l'Empire, des tenanciers cultivant un lot de terre et astreints envers le propriétaire à des redevances. Le silence des textes ne suffit pas à permettre d'affirmer que des affranchis n'aient pu être constitués tenanciers sous des charges analogues aux *operæ*. Mais au moins en résulte-t-il vraisemblablement que l'affranchi tenancier n'avait pas une condition spéciale; que sa situation se fondit avec celle des colons dont le nombre devint de plus en plus considérable, et que les charges dont il était tenu étaient moins des restes de l'ancienne puissance dominicale que des conditions de la concession de la tenure, ce qui en fait un objet différent de celui de cette étude.

De ce qui précède, il résulte qu'on peut dire avec vérité que les services rendus par l'affranchi comme tel ne procurent pas une utilité au patron comme producteur, mais comme consommateur (1). Ici éclate l'originalité du type

(1) Je ne puis me défendre de compléter ma formule en disant : les services d'affranchis ne concernent pas le régime du travail ; ils intéressent les questions du mode d'existence, du commerce et du régime des cultures intellectuelles. Ces expressions éveilleront une idée très nette chez ceux qui connaissent la belle *Classification des faits sociaux* que M. de Tourville a obtenue par l'analyse des

de la famille patriarcale, et nous pouvons constater à quel point, malgré bien des complications sociales et les déformations qui en ont été la conséquence, les traits fondamentaux de ce type se sont toujours maintenus chez les Romains. C'est le propre de la famille patriarcale de se suffire le plus complètement possible, de se passer le plus possible de rouages sociaux extérieurs à la famille. Elle réalise ce phénomène au plus haut degré dans les grandes steppes, où elle vit dans un isolement complet, tous ses membres livrés au même travail facile du pâturage, emmenant avec elle son troupeau d'où elle tire nourriture, vêtement, logement, fabriquant elle-même les objets qui lui sont nécessaires, n'achetant presque rien, n'ayant ni patrons, ni classes lettrées, ni gouvernement d'État. Là, il est vrai, le travail se prête admirablement à cette organisation ; et d'autre part, une autre méthode de travail peut, indépendamment du type de la famille, réaliser des conditions d'indépendance sinon aussi complètes, du moins très larges : c'est la petite culture. Mais ce qu'il y a de particulier à la famille patriarcale, c'est qu'elle retient ces caractères avec une extrême ténacité dans les complications sociales les plus grandes, et quels que soient le travail ou les ressources dont elle vit, grâce à la faculté traditionnelle qu'elle a de grouper dans les

observations faites d'après la méthode monographique. Je ne crois pas qu'il ait été fait jusqu'à ce jour, en cette matière, une autre construction aussi scientifique. V. la revue *La Science sociale*, année 1886, t. II, p. 493.

liens familiaux un grand nombre de personnes. Les services domestiques que nous demandons à des salariés qui vivent sous notre toit sans partager notre foyer, ou qui du moins peuvent toujours nous quitter, elle les demande à des esclaves attachés à elle par un lien que la liberté même ne brisera pas, et qui participent à la vie de la famille. Les ressources que nous demandons, dans la vie compliquée des villes, à des commerçants divers, c'est encore, en grande partie, à des esclaves plus ou moins spéciaux qu'elle les demande. Les services d'ordre intellectuel que nous demandons à des spécialistes qui les louent ou, si l'on veut, les donnent à charge d'honoraires, les services d'hommes d'affaires, de médecin, de professeur, ce sont bien souvent des esclaves qui les donnent aussi : tous les rouages sont obtenus par la division du travail entre personnes renfermées toutes dans le même cercle de la famille, et les rapports de famille tiennent lieu, dans une large mesure, de l'échange entre étrangers. — A ces ressources tirées de l'esclave s'ajoutent celles qui sont tirées de l'affranchi. L'affranchissement est un heureux tempérament entre le lien familial absolu et l'indépendance complète. A une individualité éminente que comprime l'assujettissement patriarcal, on assure la liberté, et par là une personnalité indépendante qui lui permettra d'exercer pour son compte ses facultés au sein de la société : mais en ce faisant, la famille conserve une partie de ses droits et s'assure la continuation d'une certaine mesure de services qui seront rendus de la même manière

et au même titre que si l'affranchi était encore esclave. Il procure à titre de services domestiques une foule d'utilités que nous ne sommes pas habitués, dans notre état social, à rattacher à cet ordre d'idées.

Nous voyons quels sont, d'une manière générale, les services que rend l'affranchi, quelle en est la nature professionnelle, quel en est le caractère au point de vue de l'économie sociale. Revenons maintenant à l'étude juridique, et voyons comment ces faits se traduisent dans le contrat et dans son exécution.

D'abord, comment seront déterminés les services qu'un affranchi donné aura à rendre à son patron ?

L'espèce pourra sans doute en être déterminée dans le contrat. On ne voit pas de raison décisive pour ne pas admettre que cela ait été possible. Mais le langage des jurisconsultes laisse supposer aussi la possibilité d'une promesse indéterminée quant à la nature des services, et il est bien vraisemblable que cette promesse générale a été de beaucoup la plus usitée. Elle était beaucoup plus avantageuse pour le patron, car elle était assurée d'un effet utile tant que l'affranchi ne cessait pas de devoir des *operæ*, tandis que la promesse spéciale devenait inefficace au cas où l'espèce d'*operæ* promise se trouvait n'être plus exigible par quelque une des causes dont nous aurons à parler. Et les textes qui nous parlent d'une promesse de services déterminés ne supposent pas nécessairement des *operæ* d'affranchis ; on serait même porté en lisant les FF. 22 et 24, *De op. lib.*, à croire qu'ils ont en vue des

operæ quelconques, dues entre étrangers : l'un, à une *certa species operarum, veluti pictoriæ, fabriles*, oppose les *operæ quas patronus a liberto postulat* ; l'autre, aux *operæ fabriles* ou *pictoriæ*, oppose : *hæ operæ, quas libertus promisit*.

Quoi qu'il en soit, qu'il s'agisse d'exécuter la promesse de services d'une espèce déterminée, ou de déterminer l'espèce dans laquelle se traduira une promesse générale de services, la coutume et la jurisprudence ont tracé des règles protectrices pour l'affranchi. La domination tutélaire de la famille patriarcale pouvait se transformer en tyrannie, en étouffant dans un intérêt particulier l'essor d'une individualité capable de se diriger et de se soutenir. Il faut souvent un effort au patron pour retenir l'affranchi dans le cercle de la famille ; cet effort peut entraîner quelquefois des excès. La situation de l'affranchi est de nature mixte, elle est délicate, ce qui explique l'intervention de l'autorité chargée de pourvoir à l'administration de la justice. C'a été la grande préoccupation du préteur, dans la partie de son édit relative aux services des affranchis, de modérer les exigences des patrons. *Hoc edictum prætor proponit coarctandæ persecutionis libertatis causa impositorum* (Ulpien, F. 2 pr., *De op. lib.*). Cet esprit se manifeste dans la réglementation des espèces de services qui peuvent être exigées des affranchis.

Deux textes nous posent en quelque sorte le principe de cette matière, en nous indiquant les principaux éléments de détermination.

Paul (F. 16, *De op. lib.*) dit : *Tales patrono operæ dan-*

tur, quales ex ætate, dignitate, valetudine, necessitate, proposito, ceterisque ejus generis, in utraque persona æstimari debent.

Et Neratius (F. 50 pr., *eod. tit.*) : *Operarum editionem pendere ex æstimatione edentis : nam dignitati, facultatibus, consuetudini, artificio ejus convenientes edendas.*

De ces considérations, il en est qui sont d'une manière générale des considérations d'humanité, d'autres qui reposent plus spécialement sur le caractère familial des services, d'autres enfin qui tendent à faire respecter chez l'affranchi la liberté du travail.

A la première catégorie appartient la considération de l'âge. On ne demandera à l'affranchi que des services en rapport avec son âge. Nous avons vu que, même impubère, il pouvait déjà s'obliger à rendre des services ; et son obligation est susceptible d'exécution dès cette époque de sa vie, pourvu que les services qu'on lui demande ne soient pas au-dessus de ses forces ou de sa capacité. On ne lui fera pas faire un travail d'homme, mais on lui demandera des services qu'un enfant peut rendre, pour lesquels même peut-être il est particulièrement désigné : ainsi il sera *nomenclateur*, c'est-à-dire chargé d'annoncer les personnes, soit qu'il ouvre la porte aux visiteurs qui viennent chez son patron, soit qu'il se tienne auprès de lui sur le Forum pour lui rappeler les noms des personnes qui viennent le consulter sur leurs affaires ou dont il doit briguer les suffrages pour une élection. Avec une éducation un peu spéciale et une bonne mémoire, un

enfant est très apte à remplir cet office. Ou bien encore il sera histrion, mime, danseur. Le souci de la protection de l'enfance aurait pu ne pas laisser absolument libre carrière à son emploi dans ces sortes de métiers; mais le prêteur ne paraît pas s'être arrêté à ce point de vue.

L'âge avancé aussi a ses privilèges; on a même établi cette règle fixe que la femme affranchie qui a passé l'âge de cinquante ans ne peut plus être astreinte à rendre des services à son patron. En dehors de ce cas, c'est une question de fait que celle de savoir si l'âge de l'affranchi le rend impropre à tel ou tel service.

La question d'âge ici se combine avec celle de vigueur, d'aptitudes physiques diverses, d'état de santé. Sur ce point de la santé, il y a à tenir compte, tant de l'état général et habituel de la santé, que de l'état accidentel au moment où les services doivent être rendus; et il est remarquable que l'empêchement accidentel pour cause de maladie qui existe au moment où le patron commande des services, ou survient un peu après, avant que l'affranchi se soit complètement acquitté de sa dette, n'est pas une simple cause de suspension de l'exécution des services : les jours d'empêchement comptent comme s'ils étaient employés en services; la perte est pour le patron. *Dum languet libertus, patrono operæ, quæ jam cedere cœperunt, pereunt* (Pomponius, F. 34, *De op. lib.*). Cette solution ne paraît pas commandée par un principe; si ce n'est pas par le fait de l'affranchi que les services ne peuvent être rendus à ce moment, ce n'est pas non plus par le

fait du patron. Mais la décision du texte est plus humaine. Si on ne rejette pas la perte sur le patron, elle retombera sur l'affranchi : ce sont autant de jours qu'il n'a pu employer à son profit ; faut-il y ajouter encore l'intégralité des jours dus au patron ? La maladie est fortuite, elle est survenue dans les jours qui appartenaient au patron : le dommage des jours perdus retombera sur le patron.

L'affranchi doit être traité en toutes choses avec les égards dus à une personne libre. On ne doit donc pas le faire travailler sans trêve ni merci, comme on peut le faire d'un esclave, ce qui n'est peut-être pas un bon calcul ni une chose humaine, mais n'est interdit par aucun règlement. L'affranchi ne doit être forcé de travailler que le temps normal d'une journée de travail ; il doit avoir le temps convenable pour les repas, tout son repos de nuit, et même, au moins s'il appartient à la classe aisée et exerce une profession libérale, le repos du milieu du jour, cher à l'Italie. FF. 22., 26 pr., 50, *De op. lib.*

Le mariage de l'affranchi est aussi une des considérations d'humanité, de respect dû à la personne de condition libre, qui réagissent sur la dette des services. En effet, le patron ne peut exiger de services de la femme affranchie qui s'est mariée de son consentement. La femme mariée n'a plus de devoir de famille envers un autre que son mari : *in officio mariti esse debet* (F. 48, *De op. lib.*). Cette raison est spéciale, et en outre il faut pour qu'on l'admette que l'affranchie se soit mariée avec le consentement de son patron. Elle ne s'applique pas à.

l'homme affranchi qui s'est marié, ni aux services dont la femme affranchie peut être tenue envers une femme, soit son ancienne maîtresse qui l'a affranchie, soit la fille, ou descendante à un degré quelconque du sexe féminin, qui a hérité du droit patronal. Quand le mariage de l'affranchie est dissous, le patron reprend ses droits. Enfin la qualité de femme mariée ne soustrait pas l'affranchie à l'action en dommages-intérêts dont elle est tenue à raison des services qu'elle aurait dû rendre avant son mariage et qu'elle a omis de fournir. (FF. 13³⁻⁴⁻⁵, 14, 28, 30, 48, *De op. lib.*).

Quant au mariage de l'affranchie avec le patron lui-même, il met obstacle aussi à la prestation de services. Sans doute, la femme doit être *in officio mariti*, mais les devoirs d'une épouse ne sont pas ceux d'une affranchie, et ne sont pas rendus au même titre. La dignité de l'épouse ne permet pas de la considérer comme tenue à des services qui impliquent une sujétion plus grande que celle qui résulte du lien du mariage. C. 8, *De op. lib.* Ce bénéfice n'est pas acquis, d'ailleurs, à l'épouse seule, mais aussi à la femme affranchie qui vit avec son patron dans ce commerce illégitime que la décadence romaine a régularisé légalement sous le nom de *concubinat*, suivant ce penchant des sociétés moralement affaiblies à pallier sous une légalité factice les désordres qui ne blessent pas trop les apparences, et à s'abuser ainsi sur la perte des vertus qu'elles ne savent plus pratiquer. Le concubinat entre le patron et son affranchie est d'ailleurs vu d'un œil particu-

lièrement indulgent, car c'est un des cas où la femme qui s'adonne à ce commerce ne perd pas le titre de matrone. F. 46, *De op. lib.*; F. 43, *Ad leg. Jul. de adult.*, XLVIII, 5.

La faveur du mariage a inspiré une autre limitation des droits du patron; les lois d'Auguste s'attachaient à tous les moyens d'encourager par l'intérêt les naissances légitimes d'enfants. Elles affranchirent de l'obligation des services, dons et présents, l'affranchi qui aurait en sa puissance deux enfants. Cette condition, *in potestate habebit*, montre, ainsi que le remarque Pothier, que la disposition ne s'appliquait qu'aux affranchis citoyens : c'était parmi eux surtout que le législateur désirait favoriser l'accroissement de la population. La loi exclut d'ailleurs de ce bénéfice l'affranchi comédien ou celui qui fait métier de combattre les bêtes dans l'amphithéâtre; ces professions ne paraissent pas sans doute constituer une catégorie intéressante de personnes, et dont il faille favoriser l'accroissement. Paul, qui cite le texte de la loi (F. 37, *De op. lib.*), y ajoute diverses décisions de détail pour indiquer les cas auxquels elle est applicable : elles n'ont pas toutes un grand intérêt doctrinal; notons seulement les suivantes.

En cas de délégation (lorsqu'elle est possible ainsi qu'on le verra plus loin) de l'affranchi par le patron à un créancier de celui-ci, le *jus liberorum* libère-t-il l'affranchi? Paul propose une distinction. Si l'affranchi a promis directement, dès l'origine, les services au créancier, sur

l'ordre du patron, la libération n'est pas possible : cette libération est un mode de paiement employé par le patron ; le créancier a reçu comme paiement l'engagement de l'affranchi, et a droit aux services. Mais si l'affranchi, ayant d'abord promis au patron, a ensuite été délégué, quoique le même raisonnement soit soutenable, on peut dire que la promesse faite au patron s'est trouvée sujette à la cause d'extinction résultant de la loi *Julia*, et que, malgré la délégation, elle y reste sujette. Cette solution un peu subtile témoigne de la tendance des jurisconsultes à interpréter favorablement à l'affranchi les causes de libération existant en sa faveur.

Un point intéressant, c'est que la libération ne s'applique pas seulement aux services à venir, mais même à ceux dont le temps est passé et qui ne peuvent plus être fournis en nature : quoique transformée en un droit à des dommages-intérêts, la créance n'a pas perdu sa cause originaire, et est encore reconnaissable. Même si l'action est intentée, même, semble-t-il, s'il y a eu *litis contestatio*, la naissance d'enfants emporte libération ; c'est seulement une fois la condamnation prononcée qu'il n'y a plus qu'une dette d'argent pure et simple, n'étant plus censée représenter des *operæ*, et que la libération n'a plus lieu.

D'autres considérations à observer pour la détermination des *operæ*, tiennent au caractère familial des services. Je range dans cette classe celles qu'exprime le mot *necessitas* dans le texte de Paul, cité plus haut. Ce mot peut

se rapporter, en ce qui concerne l'affranchi, à certaines des observations faites ci-dessus; mais il faut l'entendre aussi dans la personne du patron, ainsi que Paul lui-même nous en avertit. Donc, pourvu qu'on ne demande pas à l'affranchi des services qu'il est absolument inadmissible de lui demander, il faudra tenir compte des besoins du patron, et on demandera telles ou telles choses, plus ou moins, suivant le besoin du patron. Le droit à des services a donc pour le patron le caractère économique de *subvention*. Les services sont un hommage rendu au droit supérieur du patron comme chef de famille; c'est la prestation d'un devoir de famille, qui, comme les aliments par exemple, ne se règle pas sur une mesure strictement fixe comme dans l'échange commercial, mais sur les moyens de celui qui fournit et sur les besoins de celui qui reçoit.

Enfin viennent les considérations tirées de la liberté du travail. L'affranchi n'est pas l'ouvrier de son patron: il dispose de son travail, il suit la profession qui lui est la plus avantageuse, ou que la nécessité l'oblige à suivre; il s'élève au-dessus des professions manuelles, il acquiert un rang social, une considération dont on doit tenir compte.

L'affranchi qui a un métier, qui est par exemple *faber* ou *pictor*, doit fournir à son patron des services tirés de son métier. S'il avait un métier au moment de son affranchissement, il continuera ordinairement à l'exercer; mais il n'y est nullement enchaîné; il peut en apprendre un

autre, et à partir de ce moment, c'est de son nouveau métier qu'il devra les services ; le patron ne pourra l'obliger, même pour ces services, à revenir à son ancien métier qu'il a abandonné, dont il n'a plus la pratique (F. 16, *De op. lib.*). D'ailleurs, il y a des métiers plus ou moins relevés, et si l'affranchi s'est élevé dans l'échelle des professions, on pourrait considérer comme indigne de lui d'exercer, même pour son patron, un métier moins relevé. Il doit des services *artificio ejus convenientes*. Un médecin, par exemple, quoiqu'on n'accordât pas à cette profession tout l'honneur qui s'y attache aujourd'hui, ne doit que des *operæ liberales* (F. 26 pr., *De op. lib.*). De même si l'affranchi a cessé d'exercer un métier ou même toute profession déterminée, on ne lui demandera plus de services professionnels, mais des services de confiance, des services d'ami (F. 38, *eod. tit.*). La *dignitas*, l'*honestas* dont il doit être tenu compte, peuvent s'entendre du caractère conféré par certains emplois, mais aussi de la considération qui s'attache au genre de vie, à la fortune : *facultates*, *æstimatio*. Tout cela dénote une société où les rangs sont très observés, où les habitudes ne sont pas démocratiques, où on ne craint pas de coter les hommes d'après leur profession. Mais tout cela révèle aussi un grand souci du respect qu'on tient à assurer à l'indépendance, limitée d'ailleurs, de l'affranchi, à la considération à laquelle il peut s'élever. Les services doivent respecter la dignité de l'homme libre, même quand l'affranchi ne la respecte pas lui-même. On ne

doit pas demander aux personnes de cette classe des services honteux et contraires à la morale, quand même elles auraient pour toute profession une industrie déshonnête. On ne doit pas non plus leur demander des services qui mettent la vie en danger. Un gladiateur affranchi qui continue à exercer le métier de gladiateur ne sera pas tenu de l'exercer pour le compte de son patron à titre de service. Dans ces divers cas, si les affranchis n'ont commencé à exercer ces professions honteuses ou périlleuses que depuis qu'ils jouissent de la liberté, c'est à la profession qu'ils exerçaient à l'époque de leur affranchissement qu'on se reportera pour déterminer l'espèce de services dont ils seront tenus (F. 38 pr., *eod. tit.*).

Le droit du patron ne va même pas jusqu'à imposer à son esclave, à titre de service, l'interdiction d'exercer une profession qui peut être désavantageuse au patron, notamment s'il en résulte pour lui une concurrence. Ulpien pose le principe de la liberté du travail de l'affranchi dans une de ces brèves sentences qui lui sont familières : *Liberti homines negotiatione licita prohiberi a patronis non debent* (F. 2, *De jure patr.*); et Scévola (F. 18, *eod. tit.*) applique ce principe même au cas où, exerçant le même négoce dans la même ville, l'affranchi ferait concurrence au patron : *Quæro, an libertus prohiberi potest a patrono in eadem colonia, in qua ipse negotiatur, idem genus negotii exercere. Scævola respondit non posse prohiberi.* Le même Scévola, dans un autre

passage de son même ouvrage (*Responsa*), inséré également au Digeste (F. 45, *De op. lib.*), donne la même décision d'une manière moins catégorique. On lui a demandé si l'affranchi d'un marchand d'étoffes pouvait exercer le même commerce que son patron dans la même ville et dans le même quartier, peut-être dans la même rue (*in eadem civitate et eodem loco*). On ne peut donner de raison, dit le jurisconsulte, pour l'en empêcher; mais il ajoute cette restriction : pourvu que le patron n'en soit pas lésé : *si nullam læsionem ex hoc sentiet patronus*. Cette restriction semble, au premier abord, renverser le principe; car c'est lorsque le patron croira éprouver un dommage qu'il aura intérêt à s'opposer au libre exercice de l'industrie de son affranchi; et dans les conditions indiquées dans l'espèce, ce dommage, plus ou moins grand, paraît à peu près inévitable. Comment donc faut-il entendre le texte? Il est possible que le caractère particulièrement délicat de l'espèce ait fait hésiter le jurisconsulte, et qu'il n'ait pas voulu poser trop carrément un principe qui, entendu sans réserve, pouvait engager les affranchis à nuire aux affaires de leurs patrons. Peut-être aussi entend-il par *læsio* un dommage illégitime, résultant d'une concurrence déloyale, si l'affranchi abuse du voisinage, et du nom du patron qu'il a le droit de porter, pour induire la clientèle en erreur et en détourner une partie à son profit. Souvent l'établissement par un affranchi d'un commerce similaire tout à côté de celui du patron pourra présenter ce caractère; le jurisconsulte

n'entend pas légitimer ce procédé, mais il en rejette l'appréciation dans les questions de fait, et maintient en somme le principe de la liberté.

Ce principe s'affirme encore dans l'exemple suivant, qui nous montre en même temps qu'il ne faut pas en exagérer la portée, et que par le moyen des *operæ* le patron peut bien parfois entraver indirectement la concurrence que son affranchi pourrait lui faire. L'espèce est exposée par le jurisconsulte Alfenus Varus, dans un fragment inséré au Digeste (F. 26, *De op. lib.*). Il s'agit d'un médecin, affranchi lui-même, qui avait affranchi des esclaves formés à son école dans l'art de la médecine ; le fait n'était pas rare, paraît-il. Faisant ce calcul, que s'il pouvait empêcher ces affranchis d'exercer, il aurait plus de pratiques (comme traduit Pothier), il exigeait d'eux, à titre de services, de le suivre dans ses visites et de l'assister, sans opérer par eux-mêmes. En avait-il le droit ? s'est-on demandé. Oui, répond le jurisconsulte : pourvu qu'il ne leur demandât que des services libéraux, comme de lui servir d'aides dans l'exercice de sa profession, ou de lui servir de secrétaires, de gérer ses intérêts, toutes occupations qui n'étaient pas au-dessous d'eux ; pourvu qu'il les traitât avec les égards dus à leur qualité, qu'il leur permît de faire la sieste à midi et de suivre les habitudes des hommes de leur condition, il pouvait leur imposer des services ; et le fait que ces services entravaient pour eux, par voie de conséquence, l'exercice de leur profession, ne suffisait pas à les rendre illégitimes. Mais

ce qui montre que ce n'est pas l'abstention qui constitue légalement le service, c'est la base des dommages-intérêts que le patron pourra obtenir si les affranchis se soustraient à leur obligation; on ne les calculera pas sur le préjudice qui aurait résulté pour eux de n'avoir pas exercé la médecine (ou sur l'avantage inverse que le patron en aurait retiré), mais sur l'avantage direct que le patron aurait pu retirer des services positifs qu'il voulait exiger d'eux.

Malgré la liberté dont l'affranchi jouit en principe, Papinien nous apprend que, s'il est tenu à des services, on ne considère pas comme légitime le préjudice qu'il cause au patron en contractant un engagement militaire qui le soustrait à la prestation de ces services. (F. 43, *De op. lib.*) Il ne résulte pas de là, sans doute, que l'engagement soit nul, la conception du texte ne semble pas le dire, mais sans doute l'affranchi sera, en ce cas, tenu de dommages-intérêts envers son patron.

Toutes les règles qui viennent d'être indiquées sont importantes à observer pour la détermination des services que le patron pourra demander à son affranchi en exécution de l'engagement pris par lui. Elles ne sont pas sans doute sans application aussi à la quantité de travail de l'affranchi que le patron peut absorber à son profit. Toutefois ce point, plus facile à déterminer d'avance, devait être fréquemment réglé dans le contrat, ainsi que semblent l'indiquer plusieurs textes; et en ce cas on devait se conformer à ce qui avait été convenu. Mais l'influence de l'autorité du patron, la déférence que l'affranchi avait

pour lui, ne permettaient pas toujours de régler les choses aussi strictement que s'il s'était agi d'un marché; et parfois on remettait expressément l'appréciation de la quantité des services qu'il conviendrait d'exiger, au jugement du patron lui-même. Mode de procéder qui semblerait bizarre assurément s'il s'agissait de relations d'affaires, mais qui se comprend à merveille dès qu'il n'est question que de régulariser la prestation d'un devoir naturel envers une autorité que l'on considère comme tutélaire et comme peu disposée à exagérer ses droits. Que les patrons aient pu abuser parfois de semblables clauses, c'est ce que suppose le texte de Celsus dont nous allons parler; mais ce texte montre aussi dans quel esprit une pareille stipulation était faite et comment elle pouvait sembler raisonnable. Lorsque l'affranchi, dit ce jurisconsulte (F. 30, *De op. lib.*), a promis de fournir autant de services que le patron jugerait à propos, si l'affaire vient en justice, le juge ne s'en tiendra à la détermination faite par le patron que s'il la trouve conforme à l'équité; car on doit supposer que celui qui s'en remet à la décision d'une personne pour fixer l'étendue de son obligation, le fait parce qu'il suppose que cette personne appréciera raisonnablement les choses, et n'entend pas se mettre à sa discrétion et s'obliger sans restriction, de façon à se trouver éventuellement tenu au delà de toute mesure raisonnable.

Ajoutons, en ce qui concerne la quantité des services, qu'ils se comptent habituellement par journées, de sorte qu'on détermine la mesure de l'obligation de l'affranchi

par un nombre de journées. C'est en ce sens qu'on dit : *centum operas; quot operas patronus arbitratus sit; opera* signifie en ce cas une journée de services; c'est ce qui sert d'unité. Ce mode de compter est tellement habituel qu'on peut dire en règle générale que les *operæ* sont des *journées de services*, et c'est ce qui se trouve exprimé dans une définition de Paul placée en tête du titre *De operis libertorum*, au Digeste : *Operæ sunt diurnum officium*. Nous retrouverons les conséquences de cette idée en étudiant les détails de la nature juridique des *operæ*.

Quant à l'époque à laquelle doivent être fournis les services, elle est en principe au choix du patron, et il ne semble pas qu'il y ait à distinguer à cet égard entre les *operæ* auxquelles les jurisconsultes et les interprètes donnent le nom générique d'*artificiales* ou *quæ in artificio sunt* ou des désignations plus spéciales : *fabriles, pictoriæ*, et celles qu'ils qualifient d'*officiales*.

Cela est évident surtout, quand la promesse a été conçue en termes généraux, puisqu'alors on ne voit pas d'avance quels services seront rendus; mais on ne voit pas de motif absolu de décider différemment dans le cas où la promesse serait spéciale. Il est toujours vrai de dire avec Doneau que tous les services d'affranchis renferment de l'*officium*, parce que tous sont fondés sur le devoir de l'ancien esclave envers son ancien maître; seulement l'affranchi qui promet des journées de travail de maçon ou de peintre, ou des soins médicaux, promet un

officium se traduisant par certains actes déterminés, tandis que celui qui promet simplement *operas* promet de l'*officium* en général. Or la conséquence de ce caractère des services, c'est qu'il faut attendre l'*indictio* du patron, c'est-à-dire la réquisition par laquelle le patron indique le jour auquel il entend que les services lui soient fournis, et désigne aussi le genre de services qu'il entend obtenir quand le contrat ne l'a pas déterminé. C'est alors que l'obligation devient actuelle. On exprime très bien cette situation en termes juridiques en disant que l'obligation de services d'affranchi est soumise à une condition potestative de la part du créancier, condition que Gaius exprime par les mots *quum poposcero* (F. 22 pr., *De op. lib.*). Cette condition tient à la nature des choses, ainsi que l'explique le même jurisconsulte dans la suite de ce texte ; car l'exécution des *opéræ* constitue l'accomplissement d'un devoir pour lequel l'affranchi est à la disposition de son patron, et il impliquerait contradiction que ce devoir pût être rendu à un moment autre que celui qui convient au patron. Peu importe, par suite, que la condition *quum poposcero* soit exprimée ou non ; si elle n'est pas exprimée, on la tient pour sous-entendue : *id agi inter eos videtur, ne ante cederent quam indictæ fuissent*, dit Julien (F. 24, *De op. lib.*), qui, sans mettre aussi bien en lumière que Gaius le fait social qui sert de base à la règle, montre du moins la conséquence juridique qui en découle, à savoir la présomption de la volonté des parties de soumettre l'obligation à la condition dont

nous avons parlé. Ajoutons que les *operæ fabriles* que Gaius et Julien semblent exclure de la règle paraissent être des *operæ* promises entre personnes quelconques, et non à titre de services d'affranchi.

Un autre élément à considérer pour l'exécution de l'obligation de services, c'est le lieu. A cet égard, le principe est que l'affranchi doit rendre les services là où se trouve le patron. On n'applique donc pas la règle générale d'après laquelle le débiteur est en droit de se libérer à son domicile, parce que l'affranchi n'est pas un débiteur ordinaire; l'obligation dont il est tenu a le caractère d'un devoir, implique une déférence : il doit se mettre à la disposition du patron. De même que l'*officium* ne peut être dû qu'au moment qui convient au patron, de même aussi c'est au lieu où il se trouve qu'il doit lui être rendu; ce n'est pas à lui à se déranger pour aller le chercher. Mais tout en imposant à l'affranchi ce dérangement matériel, on n'a pas voulu augmenter positivement par là son obligation. Aussi décide-t-on que les frais du déplacement de l'affranchi seront à la charge du patron, et que les jours employés au voyage compteront dans le nombre des jours de services.

D'ailleurs, l'obligation même de déplacement de l'affranchi n'est pas illimitée. Le patron est à Rome, à son domicile : l'affranchi qui réside en province doit venir à Rome pour lui rendre ses services. Il se trouve à sa résidence en province, l'affranchi doit s'y rendre, soit de Rome, soit d'une autre province où il peut se trouver.

Mais il n'est pas obligé de le suivre partout. A son domicile ou dans les déplacements réguliers qu'il fait conformément aux usages de la vie courante, l'affranchi doit le suivre; mais si le patron est un voyageur infatigable qui passe sa vie à courir le monde, l'affranchi n'est pas tenu de courir à sa suite. De même si l'affranchi a plusieurs patrons, comme il ne peut matériellement être en même temps chez tous, il ne sera pas passible de dommages-intérêts pour manquer à l'un pendant qu'il sert l'autre (FF. 20, 21, 23, *De op. lib.*).

Il y a encore à se demander, dans un ordre d'idées analogue, à la charge de qui sont les frais d'entretien de l'affranchi pendant qu'il fournit des *operæ*. Il semble bien qu'il y ait eu à cet égard deux courants d'idées. Sabinus, au rapport de Paul (F. 18, *De op. lib.*), enseignait que l'affranchi qui rendait des services était tenu en principe de se nourrir et de se vêtir à ses frais; et à l'inverse, Neratius nous dit (F. 50, *eod. tit.*) que toute personne qu'on fait travailler, à un titre quelconque, affranchi ou autre, a droit à être nourrie ou à pouvoir prendre sur ses journées de travail le temps nécessaire pour travailler à son compte à gagner sa nourriture. L'opinion de Sabinus paraît la plus strictement juridique. Paul (F. 20 pr., *eod. tit.*) indique le principe sur lequel elle repose : c'est qu'en règle générale, quand on est obligé, on doit s'acquitter de son obligation à ses frais; ce n'est en effet qu'à ce compte qu'on la remplit tout entière; il n'est pas juste que le créancier ait à se mettre en dépense pour obtenir son dû, à moins bien entendu qu'il

n'y ait contrat à titre onéreux, et par suite obligations réciproques. Il est à remarquer même que Paul dit : *unusquisque quod spopondit suo impendio dare debet* ; c'est pour l'obligation née *ex stipulatu* qu'il pose sa règle, parce que c'est là une obligation unilatérale et de droit strict, qui n'admet pas de tempérament et doit s'exécuter pleinement telle qu'elle est conçue. Au contraire quand Neratius dit : *non solum libertum, sed etiam alium quemlibet operas edentem*, ces autres personnes auxquelles il fait allusion sont apparemment surtout des *locatores operarum*, par conséquent des individus engagés par un contrat de bonne foi, dans lequel on peut et on doit sous-entendre les clauses d'usage. On peut supposer qu'il était d'usage de nourrir les ouvriers employés à la journée, et que, par suite de cet usage, la nourriture était toujours censée convenue en sus du salaire promis ; en tout cas, à supposer que cette opinion n'ait pas été générale, c'est bien ce que Neratius paraît avoir posé en règle. Et si telle était la situation de l'ouvrier salarié, Neratius trouvait équitable de faire la même situation à l'affranchi, dont la condition était particulièrement favorable, d'abord parce qu'il travaillait sans recevoir de salaire, ensuite parce qu'étant un peu de la famille, il semblait naturel qu'il reçût la nourriture dans la maison du patron. Mais Neratius négligeait le caractère de droit strict du contrat *verbis*. Sabinus préférerait s'en tenir au principe ; il pouvait d'ailleurs remarquer que les *operæ* des affranchis sont loin de correspondre seulement aux travaux des ouvriers à la journée, puisqu'ils

rendent les services les plus divers, et parfois des services d'un ordre très relevé. Il tempérait d'ailleurs la rigueur du principe par cette réserve, qui dans l'application donnait toute satisfaction à l'équité : que si l'affranchi n'avait pas le moyen de pourvoir à sa subsistance, le patron devrait lui fournir des aliments ; ou, s'il le préfère, ajoute Gaius, reprenant dans cette hypothèse l'option que donne au patron Neratius lui-même, il lui laissera prendre, sur les journées qu'il emploie à son service, le temps nécessaire pour faire quelque petit gain et trouver sa subsistance. Cette dérogation rapproche les deux opinions dans le cas le plus intéressant, celui de nécessité ; mais alors la nourriture n'est pas accordée dans les deux cas en vertu du même principe. Pour l'ouvrier salarié, elle vient d'une convention tacite, elle fait partie de son salaire ; pour l'affranchi c'est une subvention dont la raison d'être est l'humanité et le devoir de famille. Elle n'en est pas moins rigoureusement imposée : si le patron refusait de se plier à cette nécessité, le préteur, toujours d'après Sabinus, lui refuserait l'action à l'effet d'obtenir les services. On peut considérer cette sanction comme une pénalité contre le manquement blâmable du patron aux égards qu'il doit à son affranchi, lorsqu'il prétend exiger de lui des services gratuits qui reposent sur le lien de famille, et se refuse en même temps à exécuter le devoir que ce même lien lui impose, à savoir de nourrir cet affranchi auquel la nécessité de le servir enlève son seul moyen d'existence. Au surplus, Paul, qui rapporte

et approuve l'opinion de Sabinus, en soutient la justification juridique jusque dans cette dérogation équitable : on doit, dit-il, en principe, s'acquitter à ses frais de son obligation, mais aussi n'en est-on tenu que tant que la chose promise existe. Si l'affranchi n'a pas de moyens de subsistance, il lui est impossible de travailler ; ses services deviennent chose impossible, et il est libéré parce qu'à l'impossible nul n'est tenu.

Je suppose que c'est l'opinion de Sabinus et de Paul qui a prévalu et que Justinien a entendu consacrer. C'est celle qu'exposent le plus en détail les fragments insérés au Digeste ; en outre, Paul appartient à une époque postérieure à celle de Sabinus et de Neratius, et il est possible que la grande autorité dont ont joui ses doctrines ait décidé de la solution définitive de la question. Les deux lignes de Neratius ont pu être insérées au Digeste comme document historique, ou par une simple inadvertance : elles sont au milieu d'un fragment qui parle avant et après de questions différentes, et c'est peut-être pour ces autres questions que le fragment a été inséré.

L'opinion de Sabinus et de Paul peut d'ailleurs se concilier avec une ligne de Javolenus qui se trouve aussi au titre *De operis libertorum*, au Digeste (F. 33) à une grande distance d'ailleurs des passages, très éloignés eux-mêmes l'un de l'autre, où sont indiquées les deux théories. Javolenus énonce cette sentence, très catégorique en la forme : *Imponi operæ ita, ut ipse libertus se alat, non possunt*. Cette phrase semble se référer à la théorie de Nera-

tius (1), renforcée en quelque sorte, puisqu'il en résulte que non seulement, de droit commun, l'affranchi a droit à la nourriture, mais qu'on ne pourrait même pas insérer dans la promesse de services une clause exemptant le patron de cette obligation. Il est même possible que telle ait été la pensée de Javolenus; mais sa phrase, en y prêtant un sens un peu moins absolu, peut s'adapter à la théorie de Sabinus, qui admet la nécessité pour le patron de nourrir l'affranchi quand celui-ci n'a pas les moyens de le faire lui-même : cette dérogation est nécessaire, et on ne peut l'exclure en insérant dans le contrat de services une clause portant qu'en tout cas l'affranchi devra se nourrir et le patron sera déchargé de ce soin. C'est sans doute en ce sens que Justinien a inséré dans son Digeste la décision de Javolenus.

(1) Javolenus appartenait à l'école sabinienne, tandis que Neratius était proculien; mais le premier peut s'être rapproché sur ce point des proculiens par une opinion personnelle.

CHAPITRE VII

DANS QUELLE MESURE LES SERVICES D'AFFRANCHIS SONT CESSIBLES ET TRANSFORMABLES EN ARGENT

L'obligation de services a un caractère tout personnel. Nous avons assez montré comment elle était fondée sur les rapports de patron à affranchi, comment elle ne pouvait être contractée que du second au premier, pour qu'il soit inutile de développer davantage le fondement de cette idée. Il en découle cette règle, que les services, promis par l'affranchi au patron, ne peuvent aussi être rendus, en principe, que par l'affranchi lui-même au patron lui-même.

C'est en ce qui concerne l'affranchi que cette règle est la plus absolue. L'affranchi ne peut, à moins que le maître n'y consente, se faire substituer une autre personne pour rendre les services à sa place ; je ne trouve même pas cela supposé dans les textes, mais la solution me paraît certaine : le patron doit toujours pouvoir exiger

que les services qu'il s'est fait promettre lui soient fournis par l'affranchi même qui a fait la promesse.

Cette règle n'empêche pas, bien entendu, que l'obligation de l'affranchi ne puisse être garantie par des sûretés personnelles. Nous avons déjà vu des cas d'obligations de tiers destinées à garantir le patron ; quelquefois c'est une obligation temporaire, destinée à durer seulement jusqu'à ce que l'affranchi ait pu valablement s'obliger ; ce peut être aussi un cautionnement en règle, une fidéjussion, garantissant l'obligation de l'affranchi tant qu'elle dure. Mais l'obligation du fidéjusseur n'est pas la même que celle de l'affranchi : il ne peut se libérer en fournissant des *operæ* qu'il ne doit pas ; il ne garantit que les dommages-intérêts dus en cas d'inexécution de l'obligation. Voilà pourquoi Scévola (F. 44, *De op.-lib.*) nous dit que le fidéjusseur est tenu lorsque l'affranchi est en demeure de fournir des *operæ* : à mesure que l'affranchi laisse passer le temps, il devient débiteur de dommages-intérêts, et le fidéjusseur en devient en même temps et accessoirement débiteur ; mais le fidéjusseur ne peut, lui, de son chef, être en demeure de fournir des services qu'il ne doit pas : à la différence de ce qui a lieu dans les obligations qui n'ont pas de caractère personnel, par exemple dans l'obligation de livrer une chose : le fidéjusseur peut en pareil cas s'acquitter lui-même de l'obligation ; par suite, il peut être en demeure et subir les conséquences de sa demeure personnelle.

Malgré le principe posé ci-dessus, nous trouvons un

texte (F. 37, *De op. lib.*), où Paul parle d'un *expromissor*, pour dire qu'à la différence du fidéjusseur il ne sera pas libéré par l'acquisition par l'affranchi du *jus liberorum*. La dette des services peut-elle donc passer sur la tête d'un tiers par voie d'*expromissio*? Il me paraît nécessaire de supposer qu'il ne s'agit que de la dette de dommages-intérêts due à raison de services qui n'ont pas été fournis au jour voulu. A partir du moment où les services ne peuvent plus être rendus en nature, on ne voit pas d'empêchement à ce que le débiteur change. La solution de Paul est d'ailleurs toute naturelle. La dette du fidéjusseur est l'accessoire de celle du débiteur principal, et s'éteint avec elle; tandis que l'*expromissio* opère novation, et remplace la dette primitive par une nouvelle dette que n'atteignent par les causes d'extinction de la première.

Réciproquement, le patron seul est créancier des services et c'est à lui seul qu'ils doivent être matériellement rendus. Mais ici le principe est moins absolu. Le patron peut, dans une certaine mesure, disposer de sa créance ou du bénéfice qui en résulte : c'est ce que nous allons examiner.

C'est à cet égard notamment, qu'il faut distinguer soigneusement les *operæ fabriles*, ou autres semblables, d'une manière générale celles dont les jurisconsultes disent *in artificio sunt*, d'avec les *operæ officiales*. Nous avons trouvé des cas où, en parlant d'*operæ fabriles* ou *pictoriæ*, les jurisconsultes avaient en vue des services dus par une personne quelconque à une personne quel-

conque, entre étrangers, en vertu par exemple d'un contrat de louage. Mais ce caractère et cette dénomination peuvent s'appliquer aussi à des services dus par un affranchi à son patron, et dus *libertatis causa*, en vertu du serment ou de la stipulation faits en reconnaissance de l'autorité patronale. Dans ce cas, ces services suivent bien les règles essentielles à l'obligation contractée *libertatis causa*, et qui découlent de ce qu'ils renferment un devoir de déférence envers le patron, une *officii præstatio* : mais à part ces règles essentielles, ils se comportent, à raison de leur nature, comme les services dérivés du louage, à la différence des *operæ officiales*, c'est-à-dire purement *officiales*, qui ne consistent pas dans l'exercice d'une profession, et ne sont pas appréciables en argent. D'ailleurs les deux catégories ne paraissent pas devoir être considérées comme rigoureusement tranchées. Il y a des services qui constituent l'exercice d'une profession sans être appréciables en argent, dont on peut dire qu'ils sont *in artificio* sans qu'on puisse cependant les qualifier de *fabriles*, *pictoriæ* : tels les services de médecin, de grammairien. Ceux-là se rapprochent plutôt des *operæ officiales*, à cause de cette grande différence avec les *fabriles* qu'ils ne sont pas appréciables en argent ; mais ils ont aussi leurs règles spéciales, et ne sont pas aussi essentiellement personnels que les *fabriles*, parce qu'en définitive l'exercice d'un métier, qu'il soit plus ou moins manuel, plus ou moins intellectuel, est toujours sensiblement le même pour celui qui l'exerce, quelle que soit la

personne au profit de laquelle il travaille. Ce caractère d'*operæ quæ in artificio sunt* peut d'ailleurs, semble-t-il, tenir non seulement à la nature intrinsèque des services, mais aussi à la personne de l'affranchi appelé à les rendre. La comptabilité, par exemple, est un art pour lequel il existe des spécialistes, et un affranchi comptable de profession pourra rendre des services de cette nature qui auront le caractère de services professionnels. Mais supposons qu'un patron se serve d'un affranchi, qui n'a pas de profession déterminée, en qualité de secrétaire, et lui fasse notamment tenir ses comptes de maison : ce travail constituera de la part de cet affranchi un service purement *officialis*; et j'en conclus qu'il faut tenir compte de cette différence dans l'application des règles qui permettent au patron, dans certains cas, de faire profiter d'autres personnes des *operæ* de son affranchi lorsqu'elles sont *in artificio*. Le patron pourra prêter un comptable à son ami pour faire de la comptabilité; il ne pourra lui prêter un affranchi sans profession pour lui tenir ses comptes.

Passons à l'application de ces idées, et voyons quelles solutions nous donnent les textes.

Le patron peut, dans certains cas, disposer en quelque sorte de la main à la main des services de son affranchi, c'est-à-dire sans que cela constitue une opération juridique bien caractérisée; au moment où il pourrait lui commander des services (*operas indicere*), il le chargera par exemple d'en rendre à un tiers. Cette hypothèse est prévue par les FF. 9₁ et 27, *De op. lib.* Si les services

sont *in artificio*, dit Ulpien (c'est-à-dire si ce sont des services de cette nature que le patron peut demander, d'après les règles ci-dessus étudiées, et s'il les demande en effet), ces services peuvent être fournis à un autre que le patron, par la volonté du patron. Cela s'applique à tous les services professionnels, l'expression est générale. Ulpien vient de dire qu'il ne peut être dû d'*operæ officiales* que par un affranchi à son patron, parce que leur nature propre est fondée sur la personnalité de celui qui les rend et sur la personnalité de celui à qui elles sont rendues ; tandis que les *operæ fabriles* sont de nature à être dues par toute personne à toute personne, en vertu de toute espèce de causes. De ces deux idées, il tire cette conclusion, que si les services dus par l'affranchi au patron *libertatis causa*, sont des services professionnels, ils pourront, pourvu que le patron le veuille, être rendus à une autre personne. Leur nature n'y fait pas obstacle, et dès lors la volonté du patron suffit à les dépouiller de leur caractère personnel. — Le même Ulpien (F. 26₁₂, *De condict. indebiti*, XII, 6), dit encore dans les mêmes termes, en parlant d'*operæ quæ in artificio sunt* : *hæ enim jubente patrono et alii edendæ sunt*.

Julien, au F. 27, *De op. lib.*, donne une décision qui permet de supposer que la théorie que nous venons de présenter n'est pas aussi absolue dans son esprit qu'elle l'a été dans celui d'Ulpien. Il admet, en effet, que certains affranchis pourront être tenus de fournir des services gratuits aux amis du patron, et non pas seulement à lui-même ;

et il cite comme exemples un pantomime ou un médecin ; ce sont bien des hommes exerçant des professions dont les services sont *in artificio*. Mais quelle est la raison qu'il donne de sa décision ? C'est que ces services sont de ceux auxquels on n'a pas recours tous les jours ; et par conséquent, il faudrait supposer, pour que le patron pût se servir, sinon constamment, au moins couramment, de ses affranchis comédiens ou médecins, qu'il donne des jeux à chaque instant, ou qu'il est toujours malade, ce qui n'est pas dans l'ordre naturel des choses. Il semble donc que Julien n'admet ici la mise des affranchis à la disposition d'un tiers que par une considération d'équité, que c'est une décision bienveillante plutôt que strictement juridique. Cette idée, ou une idée analogue, se retrouvera dans la question du louage fait par le patron des services de son affranchi, dans un texte du même jurisconsulte Julien. Mais pour le cas de louage, comme on se heurte à une prohibition formelle de la loi, cette considération est plus importante à indiquer, ainsi que nous le verrons à la fin de ce chapitre. Pour le cas de disposition gratuite et de complaisance par le patron au profit de ses amis, je crois qu'on peut admettre que la solution a été admise de la manière la plus large, et que la règle posée par Ulpien a prévalu : *jubente patrono, et alii edi possunt*. La théorie de Julien peut nous indiquer une des causes qui ont concouru à faire prévaloir cette solution ; il est certain qu'en matière de services professionnels, il devait arriver très fréquemment que le patron ne pût les employer couram-

ment à son usage personnel. On peut d'ailleurs s'attacher à l'idée de Julien en ce sens, que dans le cas, qui est plutôt le cas exceptionnel, où il se trouve que le patron emploie couramment son affranchi à l'exercice de son métier dans son seul intérêt, et lui demande par conséquent de cette manière tout ce qu'il peut raisonnablement lui demander, il ne sera pas admis à prétendre faire, en outre, bénéficier ses amis du talent de cet affranchi, de manière à abuser de lui en absorbant tout son temps à des services gratuits. L'affranchi est censé servir son patron lorsqu'il sert ses amis, si son service est peu chargé ; mais si le service du patron l'occupe déjà beaucoup, le service des amis serait un abus et une exploitation qu'on ne peut pas admettre.

Le patron peut-il faire davantage et se réserver formellement, dans la promesse de services, la faculté d'en faire bénéficier un tiers ? Rien ne paraît s'opposer à ce qu'il fasse cette réserve, pour le cas où il est possible qu'un autre bénéficie des services ; mais il ne peut, au moyen de cette réserve, augmenter son pouvoir, et se donner le moyen de faire profiter un ami de services purement *officiales*. En définitive, cette clause de la promesse est inutile, puisqu'elle n'a d'effet qu'au cas où le patron pourrait faire rendre les services au tiers indépendamment même de cette clause. Aussi Pomponius dit-il simplement qu'elle n'est pas valable. Il suppose le cas d'une promesse dans laquelle intervient un *adjectus solutionis gratia*. L'affranchi a juré de fournir des services *patrono*

aut Lucio Titio : en fournissant les services à *Lucius Titius*, il ne se libérera pas à l'égard du patron. Pourquoi cela ? A cause du caractère personnel des services. Ce ne sont pas les mêmes services qui peuvent être dus au patron ou à Titius ; ceux qui sont fournis à Titius ne sont donc pas ceux qui pourraient désintéresser le patron ; c'est Pomponius lui-même qui nous donne cette explication : *quia aliæ operæ erunt, quæ Lucio Titio dantur*. Il en serait autrement d'une promesse d'argent ; l'argent est le même pour tout le monde ; la clause relative à Titius serait valable. Mais elle ne l'est pas quand il s'agit de services, et cela alors même que Titius serait fils du patron ; il n'est pas à cet égard dans une situation différente de celle d'un étranger. Cette remarque, faite par Julien, est intercalée par les compilateurs du Digeste au milieu du passage de Pomponius (FF. 10, à 12, *De op. lib.*).

Mais la théorie, telle qu'elle est exposée par Pomponius, est un peu absolue, et il faut la tempérer avec ce que dit Julien, dans un passage rejeté un peu plus loin (F. 23 pr.). Il n'en est pas, en principe, dit ce jurisconsulte, des services promis par l'affranchi comme des *operæ fabriles* ou *pictoriæ* qui forment la matière d'un engagement ordinaire entre personnes quelconques. Toutefois, si l'affranchi est ouvrier ou peintre, il devra, tant qu'il exercera son métier, fournir à son patron, pour s'acquitter de sa promesse de services, des journées d'ouvrier ou de peintre ; et alors, dans l'exécution de ces services, rien n'empêchera de les considérer comme des *operæ fabriles*

ou *pictoriæ* ordinaires. Or, une personne peut, en règle ordinaire, stipuler des *operæ fabriles* pour elle ou pour un tiers, *sibi aut Titio*. Rien n'empêchera, de même, le patron de stipuler des services *sibi aut Sempronio*, et cette alternative sera valable si, par leur nature qui se détermine au moment de l'*indictio*, les services dont l'affranchi se trouvera tenu sont susceptibles d'être rendus par toute personne à toute personne, s'ils ne changent pas de nature par le changement de la personne à laquelle ils s'adressent, c'est-à-dire si ce sont des *operæ fabriles* ou même, en général, des *operæ quæ in artificio consistunt*. En pareil cas, en rendant à l'étranger dont le nom figure dans la stipulation, ces services qui sont exactement semblables à ceux qu'il pourrait rendre au patron, l'affranchi se libère envers le patron.

Cette traduction paraphrasée du texte de Julien me paraît l'expliquer d'une façon très satisfaisante, et je ne vois aucune nécessité de faire dans ce texte les modifications qui ont été proposées. Ainsi, on a dit qu'il fallait supposer que le patron stipulait de son affranchi des *operæ fabriles* et non pas en général des services ; cela ne me paraît pas nécessaire, et la solution est plus intéressante en supposant la promesse générale qui devait avoir lieu ordinairement dans la pratique. Cujas propose en outre de transposer les mots *patrono* et *extraneo*, et, supposant que le patron a stipulé des *operæ fabriles*, il dit : en pareil cas, l'affranchi se libérera en fournissant au patron des *operæ* semblables à celles qu'il aurait dû four-

nir à un étranger en vertu d'une semblable stipulation. Cette décision ne paraît pas contestable, mais elle est médiocrement intéressante, et on ne voit pas bien en quoi elle se rattache à l'hypothèse de la stipulation où intervient un *adjectus solutionis gratia*. Que dans une pareille stipulation l'affranchi s'oblige envers le patron, cela ne fait pas de doute; ce qui est intéressant, c'est de savoir si l'*adjectio* d'un tiers est valable et a pour effet de permettre à l'affranchi de se libérer envers le patron en fournissant les services au tiers *adjectus*; c'est la question que Julien me paraît résoudre affirmativement.

Ainsi cette question doit se résoudre d'après la nature des services fournis.

D'une ligne de Julien citée un peu plus haut, il résulte que les *operæ* purement *officiales* ne peuvent être stipulées payables au patron ou à un tiers, celui-ci fût-il le fils du patron. Cette solution paraît faire une application extrêmement rigoureuse du principe de la personnalité, surtout au point de vue du droit romain, qui place le fils dans une si étroite dépendance à l'égard du père que tout ce qui est acquis par lui est acquis au père. Il semble qu'on aurait pu facilement admettre que les services, quels qu'ils fussent, rendus au fils, étaient censés rendus au père. On ne décida pas aussi rigoureusement en ce qui concerne le conjoint du patron ou de la patronne, témoin cette phrase de Venuleius : *Licet autem circa donum, munus, operas, etiam uxorum personas inserere* (F. 44, *De lib. caus.*, XL, 12). On peut, dans le serment ou la promesse de

services, dons ou présents, faire figurer même la femme du stipulant, c'est-à-dire, apparemment, qu'on peut stipuler qu'elle pourra bénéficier des services, soit qu'ils soient promis alternativement à son mari ou à elle, soit même que le patron les stipule pour elle seule. Je ne vois pas de raison pour ne pas supposer que réciproquement la patronne pouvait se faire promettre des services pour son mari. Mais l'effet d'une semblable promesse doit, d'après Pothier, être limité au temps de la vie du conjoint stipulant ; ce n'est que pendant ce temps que les services rendus à son conjoint peuvent être réputés rendus à lui-même. En admettant la réciprocité que je considère comme probable, cette opinion trouve un appui formel dans une décision d'Alexandre Sévère (C. 10, *De op. lib.*) qui prononce que les affranchis de l'un et de l'autre sexe ne doivent de services ni aux héritiers externes de leurs patrons défunts, ni aux maris de leurs patronnes décédées.

Franchissons un degré de plus, et examinons si le patron peut non seulement faire rendre matériellement à un tiers les services qui lui sont dus, non seulement se faire promettre des services à fournir à lui-même ou à un tiers, mais même faire promettre directement à un tiers les services qu'il peut se faire promettre ou dont il est déjà devenu créancier ; en d'autres termes, si la dette de services peut faire l'objet d'une délégation faite par le patron à un tiers.

C'est encore à la même distinction qu'il faut s'attacher

dans la solution de cette question. Les *operæ* purement *officiales* ne peuvent être déléguées, les *operæ quæ in artificio sunt* le peuvent. (F. 26₁₂, *De condict. indeb.*, XII, 6.)

Le F. 37₁, *De op. lib.*, suppose les deux cas de délégation : ou l'affranchi a d'abord promis au patron, qui plus tard l'a délégué à un tiers ; ou bien l'affranchi a dès l'origine promis à un tiers auquel le patron le déléguait en vertu de son droit patronal et de l'obligation naturelle de services existant à la charge de l'affranchi. Au surplus ce texte, relatif à l'application de la loi *Julia* et du *jus liberorum*, ne parle pas de la question de validité de la délégation ; il se place apparemment dans l'hypothèse où elle est valable.

Une question se pose dans ces divers cas où des services sont rendus par l'affranchi à un tiers. Si ce sont des services purement *officiales*, l'affranchi qui ne pouvait pas en être tenu, a-t-il une action en répétition ? La négative semble bien résulter du F. 26₁₂, *De condict. indeb.*, qui vient d'être cité. Il ne peut répéter, dit Ulpien dans ce fragment, ni contre le créancier qui a reçu, envers lequel l'affranchi s'est acquitté en considération d'un autre, et qui n'a reçu que son dû, ni contre le patron, parce que les services lui étaient dus naturellement. Voici comment je comprends cette explication. Pour qu'on puisse appeler créancier celui qui a reçu les services, et qu'on puisse dire qu'il a reçu son dû, il faut supposer que c'était un créancier du patron, auquel ce dernier a délégué

l'affranchi pour que ses services fussent reçus par lui en paiement. La promesse de l'affranchi au délégataire n'était pas valable, mais, s'il l'a exécutée, il se trouve avoir libéré son patron ; le créancier du patron a reçu à titre de libération de ce dernier, peu importe qu'il ait reçu de l'affranchi qui ne lui devait rien ; il a reçu son dû. Si l'affranchi avait ainsi libéré son patron sans être tenu envers lui, il l'aurait enrichi, et il pourrait à raison de cet enrichissement sans cause, intenter contre lui une *condictio sine causa*. Mais comme il était tenu envers lui, soit civilement s'il lui avait promis, soit naturellement si le patron lui avait fait promettre directement au tiers (c'est le cas que suppose Ulpien), cette obligation est une cause suffisante de la libération procurée par l'affranchi au patron : mais alors on doit admettre que les services rendus au tiers le libèrent d'autant, par contre-coup, de son obligation envers le patron.

On ne pourra pas raisonner de même si le tiers n'est pas un créancier du patron ; c'est sans doute le cas de ce *Titius* que le jurisconsulte, dans un fragment cité plus haut, suppose avoir été nommé dans la stipulation ou dans le serment à titre d'*adjectus* ; alors l'affranchi, en fournissant les services à ce tiers, ne se libère pas envers le patron ; alors aussi l'équité semble commander la possibilité de la répétition de la part de l'affranchi à l'égard de ce tiers. Une difficulté, il est vrai, se présente : comment se fera cette répétition ? On ne peut pas redemander les services mêmes ; on ne peut pas *condicere factum*.

Pourra-t-on en réclamer l'estimation? L'appréciation en argent de services purement *officiales* paraît impossible. Cependant l'affranchi obtiendra sans doute une indemnité quelconque, car, en définitive, nous le verrons, toutes les *operæ* donnent lieu à une action qui aboutit à une condamnation pécuniaire; il n'est donc pas impossible absolument d'attribuer une somme d'argent en représentation de services qui ne sont pas dans le commerce et ne renferment que de l'*officium*. On pourra évaluer d'une manière telle quelle l'intérêt qu'aurait eu l'affranchi à ne pas employer son temps à la prestation de ces services.

Les services de l'affranchi ne doivent pas seulement être rendus en personne, ils doivent aussi en principe être rendus en nature. C'est là une mesure protectrice de l'affranchi. Il doit mettre au service de son patron une part de son activité, qui est mesurée et réglée suivant des règles d'équité; mais il ne lui doit pas de l'argent. Nous avons vu un cas cependant où la liberté concédée à l'esclave se trouve grevée d'une dette d'argent; c'est celui où l'esclave se rachète de la servitude. Mais c'est là un contrat qui, bien que fait à raison de l'obtention de la liberté, est fait entre le maître et l'affranchi comme entre personnes quelconques; véritable contrat commutatif, dans lequel la concession de la liberté forme l'une des prestations, et le prix la contre-prestation. Il ne s'agit pas en pareil cas d'un droit réservé par le maître sur la personne de celui qui cesse d'être son esclave.

Mais l'affranchi pourrait-il promettre à son patron, par

serment ou par stipulation, une somme d'argent, *libertatis causa*, c'est-à-dire en reconnaissance du bienfait de la liberté, et pour se conformer à la volonté du patron auquel il reconnaît encore, après son affranchissement, un droit sur lui? Évidemment une pareille promesse ne dérivait pas naturellement des rapports de patron à affranchi. L'affranchi procurait un gain à son patron, lorsqu'il était esclave, soit en faisant fructifier les biens que le maître lui confiait, notamment son pécule, soit par son travail. D'où l'idée de la société *libertatis causa*, d'une part, et, d'autre part, les *operæ*, qui sont une partie du travail de l'affranchi maintenue au service du maître. Mais la promesse d'une somme d'argent déterminée, d'une redevance, ne représenterait pas de même une continuation de la puissance dominicale, de l'autorité domestique; ce serait une véritable exploitation, qui ne serait pas conforme au caractère familial des rapports de patron à affranchi. On pourrait seulement l'admettre comme une représentation, convenue d'accord entre les parties, des services de l'affranchi, celui-ci préférant s'acquitter par une somme d'argent ou une redevance, et le patron préférant aussi toucher de l'argent plutôt que d'avoir une créance de services dont l'emploi en nature ne lui est pas facile.

Cette double idée paraît avoir été au fond des solutions des Romains sur les questions d'obligation pécuniaire de l'affranchi envers son patron. Il y eut probablement une tendance de la part des patrons à lever des impositions vexatoires sur leurs affranchis et à les grever de dettes

considérables envers eux, soit pour se faire un gain en les exploitant, soit en se servant de leur qualité de créanciers pour les maintenir dans une dépendance exagérée, indigne de la condition d'hommes libres. Les dispositions mêmes qui furent prises contre ces tendances en prouvent l'existence. Peut-être la promesse d'argent *libertatis causa*, à l'époque où se développèrent les excès que les réformes n'avaient pas encore modérés, fut-elle une de ces exactions, *durissimæ res*, dont parle Ulpien (F. 1 pr., *De bon. lib.*), que les patrons s'étaient mis à imposer à leurs affranchis, et que le préteur a combattues. Elle dut disparaître en principe quand le préteur Rutilius déclara dans son édit qu'il ne donnerait plus d'autres actions contre les affranchis à raison de la liberté, que l'*actio operarum* et l'*actio societatis* (V. *ibid.*). Mais on dut chercher à la maintenir, soit à titre de promesse pénale pour le cas de manquement de l'affranchi à ses devoirs, soit à titre de rachat des services. Elle fut poursuivie, sous ces deux formes, par le préteur et par la loi, à cause des abus qu'elle pouvait entraîner. C'est ce que nous allons voir en étudiant successivement l'exception *onerandæ libertatis causa* et les dispositions de la loi *Ælia Sentia* sur la promesse d'argent faite en représentation des services, après quoi nous verrons dans quelle mesure restreinte le patron pouvait encore retirer un profit en argent des services à lui promis par son affranchi.

L'expression *onerandæ libertatis causa facta* est une expression large qui peut s'étendre à d'autres choses qu'à

une promesse d'argent proprement dite ; nous verrons notamment que la société contractée *libertatis causa* peut avoir ce caractère ; mais je ne crois pas non plus qu'il faille l'entendre aussi largement que le fait Doneau et l'appliquer à toutes les promesses abusives que le patron peut exiger de son affranchi, comme par exemple la promesse, dont nous avons parlé, de garder à sa charge son entretien, à tout événement, quels que soient ses moyens d'existence, pendant tout le temps qu'il fournira des *operæ*. L'expression dont il s'agit a un sens précis, qui pratiquement s'appliquera surtout à la promesse d'argent, aussi est-ce à peu près toujours cette promesse que les jurisconsultes ont en vue en traitant de l'exception qui nous occupe.

Ulpien et Paul (FF. 1 et 2, *Quar. rer. act.*, XLIV, 5) nous indiquent la notion exacte des *onerandæ libertatis causa facta*. Ulpien se pique même de donner une définition très précise, car il la qualifie lui-même de *bellissima*. C'est une promesse qui est faite au patron sous la condition que l'affranchi viendra à manquer en quelque manière à ce qu'il lui doit. C'est donc une promesse pénale, dont l'exécution ne sera demandée que si le manquement de l'affranchi vient à se réaliser, et qui a pour but et pour effet de tenir l'affranchi dans une sujétion complète, par l'effet de la crainte de cette peine toujours suspendue au-dessus de sa tête, et de le réduire, sous l'empire de cette crainte, à subir toutes les exigences du patron, en fait de services ou d'autres assujettissements. Contre les

promesses de ce genre a été introduite une exception, dite *onerandæ libertatis causa*.

Il n'est pas nécessaire, pour que la promesse d'argent tombe sous le coup de cette exception, que le caractère conditionnel et pénal en soit avoué; autrement on aurait pu éluder la prohibition en faisant une stipulation pure et simple en apparence, mais qui aurait eu en réalité ce caractère pénal, et aurait produit sur l'affranchi le même effet; et c'est ce que suppose Paul dans la notion qu'il nous donne de la promesse qui a ce caractère : on doit, dit-il, considérer une promesse de somme d'argent comme faite *onerandæ libertatis causa* toutes les fois que le patron fait faire cette promesse sans avoir l'intention d'en exiger l'exécution, mais pour obtenir que l'affranchi le craigne et lui soit par suite soumis.

Voilà donc le caractère que devra présenter l'obligation pour que le prêteur insère dans la formule de l'action intentée par le patron l'exception *onerandæ libertatis causa*, ou pour que, du moins, le juge chargé de vérifier cette exception la trouve justifiée. Il n'en pourra donc être question lorsqu'une cause légitime sera reconnue exister, et notamment lorsque l'affranchi aura acheté sa liberté. C'est à propos de ce cas que Paul expose le principe qui vient d'être rappelé. L'esclave est convenu avec son maître d'une somme qu'il promet de lui verser, pour être affranchi; il est affranchi, et, devenu libre, il s'engage par stipulation au paiement du prix convenu. Voilà bien le contrat à titre onéreux, où les deux parties sont sur le

même pied; en ce cas, il serait évidemment inique de refuser au patron l'action en paiement du prix; il se trouverait autrement privé et de son esclave, et de sa valeur, ce qui n'a pas été dans son intention. Au contraire, voici un maître qui a affranchi de sa propre initiative, non pas en vertu d'un marché conclu, mais en vertu de sa seule autorité, et, après l'affranchissement, il demande à l'ancien esclave une promesse, promesse à laquelle il l'avait peut-être déjà lié pendant l'esclavage par un serment préparatoire, peu importe; il n'y a pas dans la pensée des parties un échange de prestations, il y a de la part de l'affranchi obéissance envers le patron : il pourra y avoir alors *onerandæ libertatis causa factum*. La distinction est délicate en fait, mais il est évident qu'il y a là deux opérations différentes.

Le point de savoir s'il y a *onerandæ libertatis causa factum* est une question de fait, et c'est évidemment à l'affranchi à établir ce caractère; en principe, la stipulation oblige sans qu'il y ait à établir la cause de la promesse; il faudra, pour échapper à l'obligation, établir que cette cause est celle que prévoit l'exception. L'exception sera habituellement justifiée, et par suite elle devra être insérée sans difficulté, si c'est immédiatement après l'affranchissement, *in continenti*, que la promesse a été faite, sans qu'il en apparaisse aucune cause. Si ce n'est que *post intervallum*, la crainte révérentielle à l'égard du patron doit avoir diminué; le caractère de la promesse, alors même que la cause n'en apparaît pas, est douteux; à défaut de

cause onéreuse, l'affranchi peut avoir voulu faire une donation : il y aura lieu à une *causæ cognitio*, et l'exception sera justifiée si l'on peut établir clairement que c'est uniquement par crainte et par soumission exagérée à une autorité abusive que l'affranchi a consenti à s'engager.

Il peut se faire d'ailleurs que le patron exige le paiement de la somme stipulée *onerandæ libertatis causa*. S'il ne devait jamais l'exiger, il n'y aurait pas de menace pour l'affranchi. Il peut se faire que le patron ait demandé son paiement, et que l'affranchi n'ait pas voulu se faire poursuivre et ait payé amiablement, ou même qu'ayant été condamné après avoir été poursuivi et n'avoir pas opposé l'exception, il ait payé. Dans tous ces cas, il n'y a pas chose jugée à l'égard de l'exception, et on pourrait encore prouver, pourvu qu'il y eût intérêt à le faire, que la promesse avait été en réalité une promesse pénale. Eh bien, cette preuve sera encore utile, et le caractère de la promesse aura encore un effet contre le patron bien qu'elle ait été exécutée : c'est que le patron ne pourra pas obtenir la *bonorum possessio contra tabulas* à laquelle il a droit ordinairement dans la succession de son affranchi. C'est ce qui résulte de ce fragment de Modestin : *Is qui onerandæ libertatis causa pecuniam patrono repromiserit, non tenetur : vel patronus, si pecuniam exegerit, bonorum possessionem contra tabulas ejus non potest petere.* (F. 32, *De op. lib.*)

D'ailleurs, la promesse d'une somme *onerandæ libertatis causa*, adjointe comme clause pénale à une promesse

de services, ne vicie pas cette promesse ; bien mieux, la promesse pénale peut valoir elle-même comme promesse de services. Voici le cas prévu par Paul (F. 39, *De op. lib.*). Un patron a stipulé de son affranchi une somme déterminée pour le cas où il ne lui fournirait pas dix journées de services : *Si decem dierum operas non dederis, viginti nummos dare spondes ?* Faudra-t-il dire que cette promesse d'argent est nulle parce qu'elle est faite *onerandæ libertatis causa*, et que les services ne sont pas dus non plus, parce qu'ils ne sont pas promis ? Car l'interprétation de la stipulation doit être stricte, et les paroles telles qu'elles sont conçues n'expriment pas un engagement de services. Ou bien faudra-t-il dire que l'affranchi est censé avoir promis simplement les services, afin que le contrat, qui pouvait avoir valablement ce résultat, ne soit pas dépourvu de toute efficacité et de tout avantage pour le patron ? Le préteur a pris le parti de feindre une promesse d'*operæ* ; et ainsi, par l'effet de la promesse d'argent, illicite en elle-même, les services se trouveront régulièrement dus. Mais une nouvelle question se pose dans cette espèce. L'affranchi pourra-t-il soutenir qu'en stipulant une certaine somme comme peine, le patron a estimé la valeur des services, que cette estimation le lie, et que par suite, si lui affranchi succombe, il ne devra pas être condamné à une somme supérieure à celle qui est portée dans la stipulation ? Le jurisconsulte rejette cette prétention, qui lui paraît inique ; car l'affranchi ne doit pas, d'un côté, faire rejeter la promesse d'argent comme illicite, et, d'un

autre côté, s'en prévaloir. Si l'on devait attribuer à la promesse d'argent le caractère d'une simple fixation de dommages-intérêts, qui peut avoir été dans l'intention des parties, il semble bien qu'on devrait la considérer comme valable. La question étant délicate, la faveur dont jouit l'exception *onerandæ libertatis causa* fait annuler cette promesse : mais il ne faut pas alors admettre l'affranchi à s'en prévaloir d'une autre manière.

La promesse d'argent pouvait aussi être abusive tout en se présentant, non pas comme peine, mais sous l'apparence d'un rachat de services. C'est pour éviter cela que la loi *Ælia Sentia* a prohibé la promesse d'argent faite en représentation des *operæ*. Cette prohibition ne nous est révélée qu'indirectement par les textes, mais elle en ressort clairement, notamment de cette phrase du jurisconsulte Terentius Clemens (F. 32, *Qui et a quib. manum.*, XL, 9) : *Non prohibentur lege Ælia Sentia patroni a libertis mercedes capere, sed obligare eos*. Il en résulte que le patron ne peut demander à son affranchi l'engagement de payer une somme représentative des *operæ*. La stipulation faite en contravention à la loi entraîne pour le patron la perte du droit à la *bonorum possessio* de son affranchi ; c'est là pour l'affranchi le *præmium legis* dont parle le fragment précité. Mais il semble bien que là se borne la sanction de la loi, et que l'obligation n'est pas nulle ; c'est ainsi qu'on peut expliquer un rescrit de Caracalla (C. 4, *De op. lib.*) dans lequel l'empereur répond à celui qui l'avait consulté : Si tu prouves

qu'il t'est dû une somme d'argent par ton affranchi à raison de la vente que tu lui as faite des services qu'il te devait, le magistrat décidera que cette somme doit t'être payée par ton affranchi : car dès qu'il t'a promis le prix de ses services, l'affranchi a acquis la pleine liberté de tester. L'empereur paraît bien entendre que ce résultat de la promesse est la seule sanction de la loi ; c'est tout ce que peut prétendre l'affranchi, et il ne peut, en dehors de cela, faire déclarer nulle la promesse qu'il a faite : pourvu toutefois, ajoute l'empereur, qu'il ne prouve pas de son côté que sa promesse a été faite *onerandæ libertatis gratia*.

Ainsi, la promesse qui nous occupe se rapproche d'un côté de celle qui a été faite *onerandæ libertatis causa*, et en diffère d'un autre côté. Elle s'en rapproche, au cas où elle a été exécutée, par la sanction qui consiste dans la perte des droits du patron dans la succession de l'affranchi ; mais elle s'en sépare en ce que cette sanction est la seule qu'elle puisse recevoir, et est acquise par suite dès que la promesse est faite ; tandis que pour la promesse *onerandæ libertatis causa*, l'affranchi peut refuser de l'exécuter, et en empêcher la poursuite en justice au moyen de l'exception, et alors, tant qu'il n'a pas payé, le patron conserve ses droits dans sa succession.

Le texte de Terentius Clemens, cité plus haut, nous fait observer qu'il ne faut pas confondre le cas prévu par la loi *Ælia Sentia* avec un cas voisin : que la loi ne peut s'appliquer qu'au cas où le patron se fait promettre une

merces, mais non au fait de recevoir cette *merces*. Cette décision peut faire supposer que, si le patron reçoit un prix qu'il n'a pas stipulé d'avance, si le rachat des *operæ* se fait au comptant, la loi sera inapplicable. Cette opinion me paraît avoir une part de vérité, et je crois, en effet, que dans tous les cas la promesse d'argent entraîne l'application de la loi, et que c'est une condition essentielle, pour que le rachat des *operæ* échappe à cette disposition, qu'il soit fait au comptant. Mais cette condition n'est pas suffisante, et la suite du texte nous révèle le véritable point de vue auquel il faut se placer pour apprécier la question : *Itaque si sponte sua libertus mercedem patrono præstiterit, nullum hujus legis præmium consequetur*. Il faut donc supposer, pour que la loi ne s'applique pas, que c'est l'affranchi qui a pris l'initiative du rachat. Nous revenons en somme à la distinction du contrat commutatif et du contrat révérentiel : le rachat qui échappe aux dispositions de la loi *Ælia Sentia*, c'est celui qui est assimilable au rachat de la liberté. Assimilation parfaitement légitime, car les *operæ* étant un reste de servitude, il est tout naturel qu'elles puissent être remises en vertu d'un contrat semblable à celui qui se pratique dans la remise de la servitude elle-même. Celui qui tombe sous le coup de la loi, c'est celui qui ressemble au contrat d'*operæ*, contrat dont l'objet ne doit pas être une somme d'argent, que cette somme soit d'ailleurs promise *ab initio*, ou qu'elle vienne se substituer à la promesse des *operæ* sous l'apparence d'un rachat, et soit pour

ainsi dire déguisée *sub titulo operarum*, suivant le langage de Terentius Clemens à la fin du fragment cité plus haut.

Cependant, ai-je dit, le rachat des *operæ* doit en outre, pour échapper à la peine de la loi *Ælia Sentia*, être fait au comptant; or, nous savons que cela n'est pas nécessaire pour le rachat de la liberté. Ce qui me fait croire qu'il en est ainsi, c'est que les textes ne paraissent faire aucune distinction pour prononcer la peine de la déchéance toutes les fois qu'il y a eu promesse. On n'interdit pas, au surplus, des conventions de rachat entre le patron et l'affranchi, mais ces conventions ne sont pas obligatoires par elles-mêmes. Il n'y a pas là, malgré les mots *redemptio*, *venditio*, une vente véritable au sens juridique du mot; la vente suppose pour objet une chose susceptible d'entrer dans le patrimoine de l'acheteur; elle ne peut porter sur un simple fait, sur l'extinction d'un droit ou même sur l'abstention de l'exercice de ce droit. Si il n'y a pas vente, comme il n'y a pas davantage un autre des quatre contrats consensuels, il n'y a qu'un simple pacte, qui n'est pas par lui-même productif d'obligations; l'affranchi n'est pas obligé au paiement de la somme convenue; on échappe donc à la disposition de la loi. Ainsi s'explique très bien ce qui est dit dans un rescrit des empereurs Septime Sévère et Antonin Caracalla (C. 1, *De op. lib.*) : *Solet inter patronos et liberos convenire, ut pro operis aliquid præstetur, licet pretium peti non possit*. Ce texte indique même que de pareilles conventions de rachat étaient fréquentes. On convenait

qu'il serait payé une somme en représentation des *operæ* : ce n'était pas un *prix*, car il n'y avait pas vente, et le patron ne pouvait l'exiger : mais l'affranchi se libérait des services en l'offrant. On peut supposer avec quelque vraisemblance que les empereurs avaient été consultés par un affranchi qui, après une convention de rachat faite avec son patron, s'étonnait que celui-ci voulût encore lui demander des services ; or la convention, pacte nu, n'obligeait pas l'affranchi au paiement de la somme convenue et ne suffisait pas à éteindre le droit du patron. C'est ce que les empereurs font observer à l'affranchi, et c'est pour cela qu'ils donnent la solution par laquelle débute le rescrit : *Si tempore manumissionis operæ tibi impositæ sunt, scis te eas præstare debere.*

C'est par l'exécution de la convention par l'une des parties, et (comme l'exécution par le maître ne consiste que dans une abstention) c'est par l'exécution par l'affranchi, par le versement de la somme convenue, que le contrat innommé se forme ; doit-on même l'appeler contrat ? car il ne donne pas naissance à une action ; c'est plutôt, suivant l'expression employée dans d'autres matières par les jurisconsultes, un *distractus* ; la créance de services du patron s'éteint ; et s'il voulait encore demander les services, il serait repoussé par l'exception tirée du pacte. Cet effet de la convention serait d'ailleurs produit, sans doute, alors même que la somme n'aurait pas été payée, si ce défaut de paiement provenait du refus par le patron de recevoir. Ce refus, opposé au mépris de la convention

par un patron qui ne veut pas être obligé de se dessaisir de son droit, constituerait un dol, et lorsque c'est par le dol d'une personne qu'un acte ne peut pas être accompli, il est tenu à son égard pour accompli. Donc le patron qui aura refusé de recevoir sera censé avoir reçu, en ce sens du moins, qu'il ne pourra plus exiger de services; on lui opposera non pas l'exception de dol qui ne peut être opposée à un patron, mais une exception *in factum* équivalente, ou plus simplement encore l'exception même tirée du pacte, parce qu'on doit tenir pour accomplie la condition du versement de la somme à laquelle est subordonnée l'efficacité de la convention extinctive du droit aux *operæ*.

Ceci peut nous expliquer pourquoi on a admis que la vente de la liberté fût à terme, tandis qu'on ne paraît pas l'avoir admis pour le rachat des services d'affranchi. La convention de rachat de services a lieu entre patron et affranchi, par conséquent entre personnes libres, et si elle n'éteint pas *ipso facto* les services, elle donne à l'affranchi un droit acquis à les éteindre en offrant la somme convenue: le patron est en quelque sorte obligé envers lui à ne pas commettre de dol en refusant la somme quand il l'offrira; par conséquent, la certitude de son droit est assez complète pour engager l'affranchi à économiser la somme en question afin de se libérer des services. Dans le rachat de la liberté, au contraire, tant qu'il n'y a que convention entre maître et esclave, il n'y a aucun lien juridique; l'esclave n'aura aucun moyen de forcer son maître

à accepter la somme promise et à l'affranchir ; on ne peut supposer pour lui une hypothèse qui lui fournisse l'occasion de se soustraire par une exception au service de son maître. Il est par suite naturel qu'on ait cherché à encourager la tendance des maîtres à affranchir préalablement l'esclave, avant même d'avoir touché la somme. Mais pour que le maître ne fût pas dupe dans cette manière de procéder, il fallait bien qu'il pût, après l'affranchissement, recevoir la promesse de son affranchi devenu libre, sans encourir par là aucune déchéance. Le même besoin n'existant pas au cas de rachat des services, on a dû être porté à englober dans une même défaveur toutes les promesses d'argent faites en représentation de services, afin de n'avoir pas à s'inquiéter de la question, difficile à apprécier en fait, de savoir s'il s'agissait de la réalisation d'une convention sérieusement commutative ou d'un contrat imposé.

En définitive, dans quelle mesure l'obligation de services peut-elle être transformée en argent ?

Elle le peut d'abord, sans aucun doute possible, par la condamnation prononcée contre l'affranchi sur la demande du patron, du moins sous la procédure formulaire, puisque dans ce système de procédure la condamnation est toujours pécuniaire. Ce point, au surplus, est rappelé par Alexandre Sévère dans un texte inséré au Code de Justinien (C. 6 pr., *De op. lib.*), où cet empereur fait observer qu'il ne faut pas conclure de là que le patron puisse de toute manière obtenir de son affranchi de l'argent à raison de sa créance de services.

Mais ce que cette règle permet d'admettre, et ce qui nous est effectivement confirmé par des textes, c'est qu'en cas de difficulté il peut intervenir entre le patron et l'affranchi une transaction ayant pour effet de mettre à la charge de l'affranchi le paiement d'une somme d'argent. C'est ce qui résulte formellement d'un texte d'Ulpien (F. 4₁₀, *Quar. rer. act.*, XLIV, §), et c'est sans doute à une transaction que se réfèrent ces mots du F. 26₁₂ XII, 6, auquel nous avons déjà fait des emprunts : *si non operæ patrono sunt solutæ, sed, quum officium ab eo desideraretur, cum patrono decedit pecunia, et solvit...* Au surplus, il pouvait se faire que parfois on simulât une transaction pour opérer un simple rachat.

En troisième lieu, l'affranchi peut, d'accord avec son patron, racheter les services qu'il lui doit, pourvu qu'il ne contracte pas l'obligation de payer une somme d'argent, mais que volontairement il la paie comptant.

Mais il ne peut s'engager au paiement d'une somme *libertatis causa*, autre que celle qui provient du rachat de la liberté; il ne le peut, ni *ab initio*, ni en représentation de services antérieurement promis, sous peine pour le patron de perdre ses droits dans la succession de l'affranchi; toutefois ici, il faut faire quelques exceptions.

D'abord l'affranchi peut, de la manière la plus générale, promettre de l'argent à son patron, *libertatis causa*, si ce dernier manque des ressources nécessaires à l'existence; c'est une forme d'exécution de la dette alimentaire dont il est tenu envers lui; c'est aussi en ce cas l'utilité

la plus naturelle que le patron puisse retirer de son affranchi ; et, si habituellement ce sont des services que le patron peut demander à son affranchi, parce que c'est par des services que celui-ci, dans l'esclavage, lui était utile, on pourra dire, dans le cas particulier où le plus grand besoin du patron est d'avoir des ressources nécessaires à l'existence, que l'affranchi n'est pas distrait de sa destination naturelle parce qu'on requiert de lui une promesse d'argent. Ajoutez à cela cette considération pratique, qu'on n'a pas beaucoup à craindre les abus d'autorité de la part d'un patron qui se trouve dans le cas de demander des aliments à son affranchi.

Cette particularité nous est révélée par un texte qui mentionne ce genre de promesse pour dire qu'à la différence de la promesse *d'operæ* (en tant du moins qu'il s'agit *d'operæ* purement *officiales*), celle-ci peut être faite avec indication d'un tiers auquel l'affranchi pourra payer facultativement au lieu de payer au patron : *Si libertatis causa pecuniam promittat libertus egenti patrono, aut Titio, omnimodo adjectio Titii valet*. Cela va de soi ; l'*adjectio Titii*, nous l'avons vu, est valable s'il s'agit *d'operæ quæ in artificio sunt* ; à plus forte raison s'il s'agit d'une somme d'argent, chose fongible, absolument impersonnelle, et dès lors sujette, de la part du patron créancier, à la faculté de disposition la plus étendue.

Citons aussi un texte du Code qui vise cette somme d'argent *libertatis causa* attribuée au patron à titre d'aliments. C'est le rescrit déjà cité de Septime Sévère et

Antonin Caracalla (C. 4, *De op. lib.*), où il est question de la convention, non obligatoire pour l'affranchi, de rachat des services. Le prix du rachat, qui n'est pas un véritable prix, ne peut faire l'objet d'une action du patron, disent les empereurs, *nisi quando propter inopiam pro alimentis id extra ordinem peti necessitas suaserit*. Cette réserve est fort curieuse : elle semble bien exprimer que si le patron est dans le besoin il sera admis à demander le prix du rachat convenu par simple pacte, et ce qui me fait supposer que c'est bien là le sens de la phrase, c'est qu'il est dit que cette demande sera intentée et jugée *extra ordinem* ; il s'agit donc bien d'une demande extraordinaire ; s'il y avait obligation en droit civil, par exemple obligation née d'une stipulation, l'exécution n'en serait pas poursuivie *extra ordinem*. Mais le besoin du patron n'est-il pas une cause suffisante pour qu'il puisse demander des aliments ? Oui, sans doute ; la fin du texte le constate bien, et c'est par là qu'elle explique que le commencement d'obligation résultant du pacte suffise à former la base d'une action. Mais alors pourquoi cette action a-t-elle pour objet la somme convenue dans le pacte et non une somme *in genere*, mesurée sur les besoins du patron, et laissant intacte la question des services ? Je m'explique ce fait en remarquant qu'il est assez naturel qu'avant de demander des aliments, le patron doive épuiser toutes ses ressources. Or la créance d'*operæ* est un élément pécuniaire qui fait partie du patrimoine du patron, et qui est devenu en principe réalisable en argent lorsqu'il y a

ou une convention de rachat; il est donc juste que l'affranchi soit admis à fournir d'abord, comme aliments, la somme convenue comme prix du rachat, et soit ainsi libéré de l'obligation de services.

La somme représentative d'*operæ* peut encore être impunément stipulée lorsqu'on la stipule alternativement avec les *operæ* elles-mêmes. Ainsi, on peut stipuler des services ou une certaine somme en représentation de chaque journée. (Paul, F. 6, *De jure patronatus*; Terentius Clemens, F. 32, *Qui et a quib.*, XL, 9). En ce cas, l'affranchi n'est pas plus obligé au paiement de la somme que s'il avait fait un pacte de rachat des services; il peut se libérer en fournissant les services; seulement il peut se libérer aussi en payant la somme; l'option lui appartient. Il est à remarquer que ce cas est voisin de la promesse *onerandæ libertatis causa*; il s'en distingue pourtant. Autre chose est la clause pénale, autre chose la fixation d'une somme au moyen de laquelle le débiteur peut, à son gré, s'affranchir de son obligation de faire : différentes aussi en seront les conséquences.

Il nous reste à parler d'un point dont l'intelligence nous sera facilitée par tout ce qui précède, et qui se rattache à la fois à la question de cessibilité des services par le patron et à celle de la conversion de ces services en argent : il s'agit du louage consenti par le patron à un tiers des *operæ* qui lui sont dues. Par l'effet de cette opération, les services se trouvent rendus par l'affranchi à un étranger, et en même temps le patron reçoit de

l'argent en place de services. Il semble donc évident qu'il faut, pour que l'opération soit possible, le concours des conditions nécessaires pour justifier chacun de ces deux résultats. Il faut d'abord, pour que les services soient rendus à un tiers, qu'il s'agisse d'*operæ quæ in artificio sunt*; il faut ensuite, pour que le patron puisse être payé en argent sans qu'on puisse dire de lui *mercedem capit*, au point de vue de la loi *Ælia Sentia*, qu'il y ait contrat commutatif entre le patron et l'affranchi. Or, Julien nous parle du louage des *operæ* dans un texte qui paraît justifier cette double idée (F. 23, *De op. lib.*); car d'une part il n'y est question que d'*operæ quæ in artificio sunt*, et, d'autre part, il est dit que lorsque le patron loue les services à la demande de l'affranchi lui-même, il est censé en recevoir *pretium magis quam mercedem*, c'est-à-dire que le bénéfice qu'il retire ressemble plus au prix d'un rachat qu'au profit résultant de la stipulation contraire au vœu de la loi *Ælia Sentia*. Cette traduction me semble la plus satisfaisante; si cette distinction entre le sens de *merces* et celui de *pretium* n'est pas toujours très nettement faite (ainsi au F. 32, XL, 9, que nous avons cité plusieurs fois, Terentius Clemens emploie le mot *merces* dans le sens de prix de rachat), elle paraît cependant justifiée par certains textes, comme C. 6, *De op. lib.*, qui parle de la *merces* prohibée, et C. 1, *eod. tit.*, qui parle du prix du rachat régulier, prix qui ne peut être réclamé par voie d'action. Au surplus, ce qui me paraît justifier mon interprétation, c'est cette mention que le louage

est fait sur la demande de l'affranchi. S'il est fait sur la demande de l'affranchi, c'est que l'affranchi y a un intérêt : c'est donc une combinaison qui ne repose pas sur l'exercice de l'autorité du patron, mais qui a un caractère commutatif à l'égard de l'affranchi. — Il serait intéressant de se rendre compte de l'intérêt que présentait la combinaison pour l'affranchi ; mais c'est assez difficile. Peut-être partageait-il avec le patron le produit de la location ; peut-être obtenait-il par là de ne pas se déplacer pour rendre les services, comme nous avons vu qu'il y était tenu en principe ; on pourrait assez justement voir en ce cas un rachat partiel des services.

Mais la plus grande partie du texte de Julien ne tend pas à vérifier simplement la théorie avancée tout à l'heure, mais à y ajouter une modification éventuelle qui ne la renverse pas en principe. Lorsque le patron, dit Julien, loue les services de son affranchi (entendez, par opposition avec le cas dont nous venons de parler, lorsqu'il les loue de sa propre autorité, et non sur la demande de l'affranchi), on ne doit pas, par ce fait seul, décider qu'il en tire profit, contrairement au vœu de la loi *Ælia Sentia* : il faut apprécier l'opération en tenant compte de l'espèce de services dont il s'agit, de la personne du patron et de celle de l'affranchi. Et le jurisconsulte nous cite les exemples suivants. Voici un homme d'une fortune modeste qui se trouve avoir un affranchi exerçant la profession de pantomime ou d'archimime : cet homme n'est pas en situation de donner des jeux, où pourrait s'exercer le talent de son

affranchi : faudra-t-il donc qu'il renonce à lui demander des services ? Non. Dans le cas où les services de l'affranchi ne se prêtent pas à être fournis en nature au patron, on doit admettre que ce dernier en retire un profit en argent : c'est en ce cas l'usage naturel qu'il peut en faire ; on ne doit pas y voir une exploitation abusive. — La situation de fortune du patron n'est pas d'ailleurs la seule considération qui puisse donner lieu à cette impossibilité de recevoir les services en nature. Voici un autre cas. Les hommes de certaines professions, comme les médecins, forment souvent dans leur art des esclaves auxquels ils donnent ensuite la liberté ; il ne sera donc pas rare qu'un patron, médecin lui-même, ait plusieurs affranchis également médecins ; comment utiliser leurs services ? Il n'aura pas ordinairement besoin de leurs soins pour lui-même, et surtout de leurs soins à tous. Le seul moyen de les utiliser constamment sera de louer leurs services ; notez d'ailleurs que, pour un patron médecin, c'est faire un usage bien légitime des services de son affranchi médecin, ce n'est pas les détourner de leur destination naturelle, que de s'en faire une source de revenus, car pour lui-même l'exercice de sa profession n'est pas autre chose : cet exercice trouve en quelque sorte un prolongement dans l'utilisation des talents des affranchis.

Ces considérations sont analogues à celles que nous avons trouvées faites par le même jurisconsulte au sujet de la disposition gratuite par le patron, au profit de ses amis, des services de ses affranchis. Effectivement les

deux cas ont de l'analogie. Seulement dans le cas de disposition gratuite, nous avons pensé que les conditions indiquées par Julien ne devaient pas être entendues trop rigoureusement et que, sauf quelques tempéraments, on pourrait poser en principe que le maître pouvait à son gré faire rendre à un tiers les services professionnels de son affranchi. Ici il est à croire qu'il faut être plus strict; la location des services procurant un bénéfice au patron, il pourrait plus facilement en abuser que de la disposition gratuite; au surplus, on se heurte aux dispositions formelles de la loi *Ælia Sentia*. Nous dirons donc formellement avec Julien que le patron ne peut louer les services de son affranchi, lorsqu'il le fait d'autorité, que s'il ne peut les utiliser personnellement en nature.

CHAPITRE VIII

CARACTÈRES JURIDIQUES GÉNÉRAUX DE L'OBLIGATION DE SERVICES ET DE L'ACTION QUI EN DÉRIVE

Nous avons à étudier maintenant divers caractères juridiques de l'obligation qui naît du *jusjurandum liberti* ou de la stipulation qui en tient lieu, et de l'action qui en dérive, deux études qui par la force des choses se tiennent intimement et se pénètrent même l'une l'autre, il vaut donc mieux ne pas les séparer.

Nous continuerons à nous attacher spécialement à l'obligation des services. Celle du *donum* ou *munus* qui peut résulter des mêmes contrats a évidemment beaucoup moins d'importance ; les jurisconsultes n'en parlent qu'accidentellement ; nous n'avons donc pas de renseignements précis en ce qui la concerne, et elle ne doit guère avoir de particularités intéressantes autres que celles qui lui sont communes avec l'obligation des services. Or, si au point

de vue social le *donum* et le *munus* ont évidemment de grands rapports avec les *operæ*, quand on passe sur le terrain du caractère purement juridique de l'obligation, il est évident que la conformité ne peut plus être aussi grande, qu'il y a même de grandes différences. L'obligation du *donum* et du *munus*, notamment, est une obligation de donner, tandis que l'obligation des *operæ* est une obligation de faire. De là peuvent résulter bien d'autres différences. Occupons-nous spécialement des *operæ*.

L'obligation aux *operæ* est une obligation de faire ; cela est évident ; les services ne sont pas une chose matérielle, susceptible de propriété, qu'on puisse donner ; d'autre part, nous avons vu qu'ils ne pouvaient pas consister dans une abstention, le patron n'ayant pas la faculté d'empêcher son affranchi de se livrer à tel ou tel métier, à tel ou tel commerce. Il est à remarquer toutefois qu'il n'est pas sans exemple que l'expression *operas dare* soit employée dans les textes. Cela tient, je crois, à ce que, dans le langage et dans la pensée même, on est facilement porté à présenter les *operæ* comme des choses et à les individualiser. Nous avons déjà eu l'occasion de remarquer que dans la plupart des cas les services se comptaient par journées, de sorte que la *journée de service* constitue véritablement une unité à laquelle on est porté à donner un corps ; on peut rapprocher l'obligation de fournir un certain nombre de journées de services de celle de donner un certain nombre de choses fongibles. Il est évident d'ailleurs qu'il n'y a là qu'une forme de langage et une figure qui

aide à préciser la pensée, figure analogue à celle qu'on emploie quand on dit *locare operas*, le mot *locare* désignant proprement un placement, et ne pouvant dans le sens propre s'appliquer qu'à une chose matérielle. Aussi bien les rapprochements que nous pourrons faire à l'occasion entre l'obligation qui nous occupe et des obligations de donner ne doivent-ils pas nous étonner, car en définitive toutes les obligations ont pour objet un fait. Donner une chose, n'est-ce pas un fait ? Et au surplus, donner une chose, n'est-ce pas en réalité transférer la propriété de cette chose, qui est un objet intellectuel ? Par son rapport étroit avec la chose, la propriété s'identifie avec l'objet matériel ; l'obligation de donner la chose, elle-même, semble prendre un certain caractère d'objet matériel ; d'autres obligations peuvent, dans une certaine mesure, revêtir un pareil caractère, cela n'est pas étonnant, car il n'y a pas de différence essentielle entre les diverses obligations.

On emploie pour désigner les obligations de faire différents mots : *facere*, *præstare*, sont les plus habituels. Pour les *operæ*, le terme propre est *edere*, produire, mettre au jour, qui éveille comme *dare* l'image d'un objet matériel.

Cette obligation de faire se distingue d'ailleurs des obligations de la même catégorie par divers caractères que nous avons déjà eu l'occasion de signaler en différents points de cette étude, et qu'il suffira de rappeler d'ensemble en quelques mots.

La stipulation d'un fait exige ordinairement une certaine précision. Ainsi, s'il s'agit de construire une maison, il faut indiquer le lieu où elle sera élevée; faute de cette précision, l'obligation ne peut naître (F. 115, *De verb. obl.*, XLV, 1). De même pour les *operæ* qu'on stipule d'un ouvrier qui travaille moyennant salaire : il faut évidemment indiquer le genre de travail qu'on lui demande de fournir, à moins qu'il ne soit nettement indiqué par le métier même de l'ouvrier. Quand on se fait jurer ou promettre des *operæ* par son affranchi, nous avons vu qu'il n'était pas nécessaire de déterminer la nature de services qu'on entendait exiger de lui, et cela, qu'il eût un métier ou qu'il n'en eût pas. — La quantité doit être indiquée aussi; en matière d'*operæ*, notamment, le nombre de journées; les journées de travail sont en cela assimilables à toutes les choses qui se comptent au nombre, au poids ou à la mesure. Cela étant nécessaire pour que l'obligation se comprenne, et ne pouvant d'ailleurs être nettement déterminé dans la suite par des circonstances extérieures, il faut bien que cette précision soit faite aussi dans la stipulation des *operæ* d'affranchis; mais elle peut être moins exacte que dans les stipulations ordinaires; on peut stipuler, par exemple, que l'affranchi fournira autant de journées de services que le patron jugera à propos (F. 30, *De op. lib.*); c'est que par cette stipulation on ne remet pas la question à la décision arbitraire du patron; il y a des éléments d'appréciation qui doivent guider cette décision et qui permettent de la contrôler; c'est l'usage, ce

sont les besoins du patron, ce sont les moyens de l'affranchi et le métier qu'il exerce. — Il faut enfin, en règle ordinaire, que l'époque à laquelle l'obligation doit s'exécuter soit déterminée. Cela n'est pas nécessaire pour les services de l'affranchi, qui doivent être fournis au patron à sa convenance, et dont la promesse renferme toujours, expressément ou tacitement, la condition « *quum proposcero* ».

L'obligation des services est incertaine, comme toute obligation de faire. *Qui id, quod in faciendo aut non faciendo stipulatur, incertum stipulari videtur* (Ulpien, F. 73, *De verb. obl.*, XLV, 1). En effet, quelque bien déterminé que soit le fait, on ne peut dire : *ex ipsa pronuntiatione apparet, quid, quale, quantumque sit*. Lorsqu'il s'agit de transférer la propriété d'une chose, si cette chose est bien déterminée, même simplement dans son espèce et non dans son individualité, la seule énonciation de l'obligation en indique la valeur pécuniaire, car elle n'est autre que la valeur de la chose même. Mais lorsqu'il s'agit de fournir une prestation, cette prestation, qui n'a pas en elle-même une valeur, n'en acquiert une que par l'intérêt que peut avoir le créancier à l'obtenir, et l'évaluation en argent de cet intérêt ne comporte pas une précision absolue : elle ne sera pas faite exactement de même par deux juges différents, car l'appréciation personnelle y a une certaine part. Telle est apparemment l'idée des Romains, et, vue en général, elle présente à l'esprit quelque chose de satisfaisant ; elle est vraie en gros. Mais

si l'on veut y regarder de près, on s'apercevra qu'il n'y a à ce point de vue entre les obligations de donner et les obligations de faire qu'une différence du plus au moins, et non une différence essentielle. Transférer la propriété, c'est une prestation d'une nature particulière, et qu'est-ce que la valeur d'une chose, sinon l'intérêt qu'on peut avoir à en être propriétaire? Or si cet intérêt peut être ordinairement apprécié à la valeur vénale, qui est une valeur présumée à l'égard de toute personne, et assimilée par suite à une qualité de la chose, il n'en est pas nécessairement ainsi : l'élément personnel a aussi sa part; la chose peut valoir plus pour l'un que pour l'autre, parce que le premier a un plus grand intérêt que le second à en être propriétaire. Alors la détermination du *quantum* de l'obligation ne résulte pas *ex ipsa pronuntiatione*, car les termes de la stipulation ne font pas connaître les circonstances qui augmentent ou diminuent l'intérêt du créancier à obtenir la chose promise. A l'inverse, on peut concevoir à la rigueur un fait dont la valeur soit la même pour toute personne, dans lequel les parties n'aient envisagé aucun élément personnel pouvant modifier l'évaluation à faire par le juge, et, d'autre part, assez déterminé en lui-même pour que la seule énonciation donne le moyen d'en déterminer exactement la valeur. Cela pourra précisément se rencontrer en matière d'*operæ*. Il y a tels travaux dont le prix moyen à la journée est aussi fixé que le prix de telle ou telle qualité de blé ou de vin; si je stipule un certain nombre de journées d'un travail

déterminé, d'un ouvrier qui m'est inconnu et que je n'ai pas choisi à cause de ses qualités personnelles, pourquoi ma stipulation ne serait-elle pas certaine?

La distinction du *certum* et de l'*incertum* est donc un peu factice au point de vue purement rationnel; elle ne doit pas être faite en droit et d'après la nature des choses, mais en fait et d'après l'intention des parties; ce qui revient à dire que dans un droit comme le nôtre, tout est *incertum* en principe, puisqu'il y a toujours lieu à appréciation de l'intention des parties, dès que la question en est soulevée. La notion du *certum* absolu ne se conçoit que dans le système du droit strict; aussi bien toutes les obligations résultant de contrats synallagmatiques et, comme tels, de bonne foi, étaient-elles réputées *obligationes incerti*.

Revenons-en à l'obligation des services d'affranchis. Il ne me paraît pas douteux qu'elle ait été considérée par les Romains comme *incerta*, d'abord à cause du principe que nous avons vu poser par Ulpien sur les obligations de faire, puis parce que la situation respective des personnes jouait un rôle essentiel dans la formation même de l'obligation, enfin parce que les services, ainsi que nous l'avons vu, étaient promis le plus souvent, peut-être toujours, en des termes trop généraux pour qu'on pût déterminer d'après ces termes une évaluation quelconque des services dus. Ce que je dis de l'obligation, je l'appliquerai également à l'action. Les deux choses sont corrélatives. L'*intentio* de la formule paraît bien ne pouvoir

viser que le contrat tel qu'il a été fait dans ses termes généraux. La détermination faite ensuite par le patron lorsqu'il a fait l'*indictio operarum* n'est qu'un des faits à apprécier par le juge, et ne change pas la nature même de l'obligation.

L'intérêt principal du caractère certain ou incertain d'une action, en droit romain, se trouve dans l'application de la théorie de la *plus petitio*. On distingue plusieurs espèces de *plus petitio*. Nous parlerons de la *plus petitio tempore* en traitant du terme tacite que renferme toute obligation d'*operæ*; disons seulement tout de suite que la *plus petitio re, loco* ou *causa* ne peut exister en notre matière. Gaius (*Comm.*, IV, 54), dit formellement que la *plus petitio* ne peut avoir lieu dans les actions incertaines, et si cette décision est contestée en ce qui concerne la *plus petitio tempore*, elle ne l'est pas pour les autres. Il semblerait bien pourtant, au premier abord, que le patron qui réclame dix journées de services, par exemple, quand il ne lui en est dû que cinq, commet une *plus petitio*. Mais toute la question est de savoir comment était conçue la formule de l'action, et il est probable que l'*intentio* portait *quidquid paret dare facere oportere*, et par conséquent ne comportait pas de *plus petitio*. Cela est d'autant plus vraisemblable que, comme nous le verrons, l'*actio operarum* n'avait pour objet que des dommages-intérêts, non seulement à cause du caractère pécuniaire de la condamnation, mais même au point de vue de l'*intentio*, l'obligation ayant cessé d'être exé-

cutable en nature au moment où l'action est intentée.

Comment faut-il classer l'obligation de services au point de vue du caractère de divisibilité ou d'indivisibilité ?

La question de la division de l'obligation se pose à deux points de vue : soit au point de vue de la possibilité d'une libération partielle du débiteur, soit au point de vue de sa situation vis-à-vis de plusieurs créanciers d'une même obligation : cette dernière situation se présente, soit que la créance soit née en la personne des divers créanciers, soit qu'ils représentent un créancier primitif unique. Il y a aussi une division passive entre plusieurs débiteurs, mais comme elle ne se rencontre pas en matière de services d'affranchis nous n'avons pas à en parler.

Pour le premier point de vue, le principe se trouve posé dans un texte d'Ulpien (F. 72, *De verb. obl.*, XLV, 1) : *Stipulationes non dividuntur earum rerum, quæ divisionem non recipiunt*. La libération partielle suppose, en effet, la possibilité de la division matérielle de la chose objet de l'obligation, puisqu'elle résulte de ce que cette chose est fournie en partie : division matérielle qui d'ailleurs doit non seulement être physiquement possible, mais encore pouvoir s'opérer sans nuire à l'utilité de la chose, et de telle manière que les deux moitiés de la chose fournies l'une après l'autre procurent une utilité totale égale à celle de la chose entière. Or, en ce sens, les *operæ* ne sont pas divisibles. Un fait, d'une manière générale, n'est pas divisible, et cela s'applique même à la journée de

services, unité ordinaire du travail de l'affranchi et des travaux d'ouvriers en général. C'est là pourtant un fait d'une nature particulière, et qui affecte une apparence quasi corporelle : il est mesuré par sa durée, et cette durée est incontestablement susceptible de division matérielle. Mais la journée de travail est considérée, non sans quelque raison, quoique au fond cette manière de voir ne soit pas absolument nécessaire, comme une unité indivisible au point de vue de son utilité. En supposant une journée de douze heures, ce qui paraît avoir été le compte des Romains, il est bien certain que douze heures de travail détachées les unes des autres, par exemple fournies en douze jours, ne produiront pas le même résultat qu'une journée entière de travail suivi. Aussi Pomponius (F. 3, *De op. lib.*) dit-il que l'affranchi ne peut, par un travail d'un certain nombre d'heures, se libérer d'une part de journée de travail, et que s'il a été à la disposition du patron pendant les six premières heures du jour, il n'est pas quitte de sa journée, ce qui veut dire sans doute qu'il n'en est pas quitte même pour moitié, qu'il la doit encore tout entière. Cette décision tient d'ailleurs à la nature des *operæ* en général, et n'a rien de spécial aux rapports entre patron et affranchi ; aussi en trouvons-nous une absolument analogue au sujet de journées promises entre personnes quelconques, dans l'espèce, des journées d'esclave promises par un maître à un tiers. S'il ne met son esclave à la disposition du créancier qu'à partir de midi, il reste tenu de la journée entière ;

de même que celui qui devait fournir la jouissance d'un champ, s'il ne livre pas le champ dès le début de l'année, à l'époque où le créancier aurait pu le cultiver, reste tenu d'une année entière de jouissance, quoiqu'il l'ait livré pendant plusieurs mois, parce que la jouissance de ces mois a été inutile, dès qu'il n'a pas été possible de cultiver (F. 2, *De ann. leg.*, XXXIII, 1).

Mais si chaque journée est indivisible, il n'y a pas de motif d'admettre en principe l'indivisibilité de l'obligation portant sur un certain nombre de journées, et l'affranchi qui sur dix journées en a fourni cinq ne doit plus être tenu que de cinq.

Passons au second point de vue, celui de la division de l'obligation entre plusieurs créanciers.

L'obligation de faire qui nous occupe a ceci de particulier, que le fait qu'elle a pour objet se décompose en un certain nombre de faits susceptibles chacun d'une prestation séparée. Ces unités sont les journées de travail. Or lorsqu'une obligation est ainsi un composé d'unités semblables les unes aux autres et envisagées *in genere*, il est de principe qu'elle se divise en parties composées d'unités entières. Ce principe est posé par Julien au sujet des obligations de donner. Quand une obligation comprend des corps certains, elle se divise intellectuellement pour chaque corps certain, et cela est de toute nécessité, parce que c'est en réalité une obligation multiple, et chacune des obligations partielles qui la composent se divise. Il en est autrement quand l'obligation a pour objet des

choses *in genere* : alors elle est une, et chaque unité étant considérée comme identique aux autres, il n'y a aucune nécessité de scinder les unités; la division se fait donc naturellement par unités. D'ailleurs la division matérielle et la division intellectuelle se confondent si ces unités sont des unités de compte, unités factices, déterminables à volonté dans la masse de la chose due : par exemple, des mesures de blé ou de vin. La moitié de cent mesures, ou cinquante mesures, c'est la même chose. Au contraire, le principe devient intéressant quand il s'agit d'unités réelles, si l'obligation comprend par exemple un certain nombre d'esclaves. On conçoit alors deux modes de division : l'un qui décomposera dix esclaves en deux fois cinq esclaves, l'autre qui les décomposera en dix fois la moitié indivise d'un esclave. Il est évident que c'est le premier qui doit être suivi; les esclaves étant considérés non individuellement, mais *in genere*, il est naturel d'en mettre cinq de chaque côté; l'autre procédé n'est qu'une complication inutile.

Les mêmes principes s'appliquent naturellement à l'obligation qui a pour objet un certain nombre de journées de services; Julien lui-même fait le rapprochement : *Operarum stipulatio similis est his stipulationibus, in quibus genera comprehenduntur*; et Celsus, cité par Ulpien (F. 15, *De op. lib.*), en fait également l'application au cas d'un affranchi qui a deux patrons et qui a juré de leur fournir mille journées : il doit à chacun plutôt cinq cents journées entières qu'à mille demi-journées :

quingenas potius deberi, quam singularum operarum dimidias.

Mais le nombre des unités, des journées dans l'espèce, peut ne pas être exactement divisible par celui des créanciers ; alors on peut bien faire une division approximative par unités entières, mais il y a un reste auquel ce mode de division ne peut s'appliquer. Il faut bien alors admettre la division des unités. Si elles ne sont pas divisibles matériellement, elles le sont du moins intellectuellement quand il s'agit d'obligations de donner, puisqu'on peut transférer la propriété de parts indivises. On ne peut en dire autant s'il s'agit d'obligations de faire : on ne conçoit pas une part indivise d'un fait, par exemple d'une journée de travail. Il faut alors, pour arriver à diviser l'obligation, la transformer. C'est d'ailleurs une chose courante de voir les obligations de faire se transformer en obligations de donner : à défaut d'exécution en nature, elles se résolvent en dommages-intérêts ; elles deviennent des dettes d'argent. Cette transformation est de plein droit quand l'obligation est poursuivie en justice : les créanciers agissant en commun obtiendront une condamnation pécuniaire dont ils se partageront le montant ; cela étant, on pourra même admettre que chacun agisse séparément pour une part, car il obtiendra ainsi la part lui revenant dans l'estimation du fait (FF. 54₁, 72 pr., *De verb. obl.*). Il n'est donc pas nécessaire de voir dans l'opinion attribuée à Labéon au F. 8 pr., *De op. lib.*, une opposition avec la doctrine de la division par journées entières. Ce mode

de division a lieu en principe, mais toutes les espèces ne s'y prêtent pas, et c'est cette considération qui a amené Labéon à décider qu'une journée peut être due pour partie, et qu'on peut intenter une action pour une partie de journée ; parce que ce qu'on demande, ce n'est pas le travail lui-même, mais une somme représentative de sa valeur. Au surplus, ce qui s'opère dans la poursuite de l'action en justice peut s'opérer amiablement ; quand il y a lieu de diviser une journée, on peut s'entendre pour que l'affranchi paie en représentation de cette journée une somme qui sera divisée entre les créanciers ; quelquefois encore il sera possible de faire exécuter à l'affranchi une journée de travail qui profite à la fois à tous les créanciers ; par exemple s'il s'agit d'une réparation à une maison leur appartenant à tous par indivis (F. 54, *in fine*, *De verb. obl.*).

Il est intéressant de remarquer, sur ce dernier point, qu'en pareil cas la journée n'est pas fournie indivisément aux créanciers, car l'indivision d'un fait ne se conçoit pas. Elle leur est fournie tout entière à tous et à chacun, *in solidum*. Il n'en pourrait pas être ainsi d'une dation. A l'inverse, plusieurs dations pourraient être faites à la fois à diverses personnes, tandis qu'on ne pourrait ordinairement leur faire à la fois des prestations différentes. Ceci toutefois n'est pas absolu, et Gaius observe que l'affranchi qui a deux patrons peut en certains cas leur rendre en même temps des services différents ; là aussi s'applique l'expression *in solidum* : ainsi, en gardant la

maison de l'un, il peut copier des manuscrits pour l'autre. Il n'est pas toujours vrai de dire qu'on ne peut pas faire deux choses à la fois.

Nous arrivons à l'étude d'une particularité remarquable de l'obligation de services, qui rentre d'ailleurs aussi dans l'étude purement juridique de l'obligation, parce qu'elle a ce caractère de tenir à la nature des *operæ* en général, et non à la nature spéciale des *operæ libertorum* : c'est le terme tacite qui est renfermé dans toute promesse d'*operæ*.

Une obligation est affectée d'un terme tacite quand la nature de son objet est telle qu'elle ne peut être accomplie qu'au bout d'un certain temps. Il y en a un exemple classique dans les jurisconsultes romains, c'est celui de la stipulation *Ephesi dari*. On promet à Rome de verser une certaine somme à Carthage ou à Ephèse ; il faut que le débiteur ait le temps de s'y transporter, ou d'y envoyer les fonds, ou d'écrire à un correspondant qu'il a dans cette ville afin qu'il verse la somme. Par suite, l'action ne pourra être intentée contre lui que lorsque le temps nécessaire pour l'un ou l'autre de ces actes sera écoulé. Cette théorie s'applique aux *operæ*. Ce sont des journées de travail, elles ne peuvent donc être accomplies qu'en un nombre de jours égal à celui des *operæ* promises ; et l'action en dommages-intérêts à laquelle donne lieu l'inexécution ne peut être intentée que lorsque ce nombre de jours est écoulé. Ce terme tacite résulte de la nature même des choses, et si les

parties le supprimèrent expressément, leur contrat serait nul, parce que l'objet de l'obligation serait impossible ; les stipulations : *Hodie Carthagine dare spondes ?* ou : *Operas tuas pictorias centum hodie dare spondes ?* sont des stipulations inutiles (F. 24, *De op. lib.*). Aussi cette théorie s'applique-t-elle évidemment à toute espèce d'*operæ*. Il y a seulement ceci de particulier aux *operæ libertorum*, que pour elles au terme tacite s'ajoute la condition tacite *quum poposcero* : le délai ne commence à courir que lorsque le patron a commandé les services, *indixit*. Toute la théorie est très exactement résumée par Ulpien en ces mots : *Judicium de operis tunc locum habet, quum operæ præterierint : præterire autem non possunt, antequam incipiant cedere : et incipiunt, posteaquam fuerint indictæ* (F. 13, *De op. lib.*).

L'effet du terme tacite, nous l'avons dit, est, comme celui du terme exprès, d'empêcher le créancier d'agir avant son expiration. Cette idée est très simple, quand l'obligation a pour objet une dation, et en ce cas, si la chose à donner est un *certum*, l'effet de la demande intentée trop tôt est péremptoire : il y a *plus petitio tempore*, le créancier perd son procès, et il ne pourra plus réitérer son action.

L'idée est moins simple quand il s'agit d'une obligation de faire. Dans notre droit français, on reconnaîtrait au créancier le droit d'agir à l'effet de faire condamner le débiteur à exécuter son obligation, et à cet effet, on déciderait qu'il peut agir avant l'expiration du terme, dès que

le débiteur est en retard de commencer à s'exécuter. En droit romain, le contrat donne lieu, au profit du créancier, à une action unique, et la règle que l'obligation de faire se résout en dommages-intérêts est plus absolue que chez nous. La seule action qui puisse être exercée est donc celle des dommages-intérêts, et comme elle suppose l'inexécution, elle ne peut être intentée que lorsque le temps nécessaire à l'exécution est écoulé. On peut dire toutefois qu'il arrive un moment, avant l'expiration du terme, où il devient absolument impossible que, dans le temps qui lui reste, le débiteur accomplisse le fait promis. C'est peut-être cette considération qui a inspiré certaines décisions d'après lesquelles l'action peut être intentée avant l'expiration du terme, lorsque le débiteur est en retard de s'exécuter; peut-être d'ailleurs exige-t-on qu'il soit en demeure, par l'effet d'une *interpellatio*. Ces décisions, paraissent, au surplus, contredites par d'autres; il a pu y avoir des divergences de vues entre les jurisconsultes. Comme les auteurs du Digeste ont donné aux unes et aux autres l'hospitalité dans leurs colonnes, je suis porté à croire qu'il les ont considérées comme des décisions d'espèces plutôt que de principes, de sorte qu'on pourrait admettre, en certains cas au moins, l'exercice de l'action avant la complète expiration du terme. Cette constatation fournit un argument très fort en faveur de l'opinion qui n'admet pas la possibilité de la *plus petitio tempore*, pas plus que des autres cas de *plus petitio*, dans les actions qui ont pour objet un *incertum* :

pour les obligations de faire, au moins, il paraît évident que cette opinion est exacte. D'ailleurs, bien entendu, l'action intentée avant l'expiration du terme tend à un règlement définitif : tout le droit est déduit *in judicium*, et il ne peut en être autrement.

Ces principes paraissent devoir être modifiés en ce qui concerne l'obligation de services, j'entends d'un certain nombre de services, à cause de sa divisibilité par journées. Cette obligation s'exécutant par des prestations successives, dont chacune procure au débiteur sa libération partielle, il est naturel d'admettre que la prétérition d'une ou de plusieurs de ces prestations autorise le créancier à agir, bien que les jours des prestations suivantes ne soient pas encore écoulés. Cette faculté d'agir avant l'expiration du terme total, à raison des jours écoulés, paraît bien supposée par Pomponius, lorsqu'il dit : *Operas stipulatus, ante peractum diem operam ejus diei petere non potest*. Par ce même texte, Pomponius se rattache à l'opinion de ceux qui n'admettent pas, dans une obligation indivisible, l'action avant l'expiration du terme, puisqu'il n'admet pas qu'on comprenne dans l'action le jour, unité indivisible, qui n'est pas écoulé. D'autres auraient pu l'admettre, en se fondant sur ce que la journée, étant en partie écoulée sans services rendus, ne peut plus être remplie et peut être considérée déjà comme *opera præterita*. Mais pour les jours non commencés, personne ne devait pouvoir admettre qu'ils fussent compris dans l'action, attendu qu'ils pouvaient encore être utilement remplis.

Ce qui vient d'être dit ne nous autorise pas, d'ailleurs, à considérer la stipulation de plusieurs *operæ* comme une stipulation multiple. Elle doit être une, comme la stipulation d'annuités. Elle ne comprend pas plusieurs objets considérés chacun dans son individualité, mais un groupe d'objets pris *in genere* (V. à cet égard F. 29 pr., *De verb. obl.*, XLV, 1). L'intérêt de cette observation, c'est qu'en agissant purement et simplement, le créancier qui agit avant que le nombre total de jours soit écoulé déduit *in iudicium* tout son droit. Il ne commet pas de *plus petitio* assurément, car son *intentio* ne vise qu'un *incertum* ; il obtiendra l'estimation de ce qui lui est dû au jour où il agit, mais plus tard il ne pourra plus agir pour le surplus. Il suffit d'ailleurs, pour éviter ce résultat, d'un moyen de procédure, mais il ne faut pas l'omettre : il faut insérer dans la formule de l'action la *præscriptio* : *ea res agatur, cujus rei dies fuit*.

Il n'y a pas à insister ici sur la condition tacite *quum poposcero* dont est affectée toute promesse de services faite par l'affranchi au patron, et dont nous avons déjà parlé. Remarquons seulement que de droit commun, le fait d'agir *ante conditionem*, sous la procédure formulaire, n'entraîne aucune déchéance ; la dette, n'existant pas encore, n'est pas déduite en justice : à plus forte raison, il n'y a pas de *plus petitio*. Ces principes semblent bien devoir être appliqués au patron qui intenterait l'action avant d'avoir commandé les services.

La formule de l'action qui naît du contrat de services

d'affranchi ne nous est pas connue. Il paraît certain que le serment de l'affranchi donnait lieu à une *condictio*, étant donné que c'était un contrat *verbis* engendrant une obligation unilatérale ; pour la stipulation, cela ne peut faire de doute, et nous avons vu le serment et la stipulation se comporter d'une façon tellement analogue, se suppléer si complètement l'un l'autre, qu'on ne peut admettre que l'action fût différente dans les deux cas. Cette action découle des principes du droit civil, rien ne fait supposer qu'elle soit une création du prêteur ; elle est donc *in jus concepta*. Probablement elle comprend une *demonstratio* relative à l'*indictio operarum*, et son *intentio* est conçue dans la forme *quidquid paret dare facere oportere*. Ajoutons qu'elle ne peut être que de droit strict, ce qui est la règle générale pour les actions personnelles dont l'*intentio* est *in jus concepta* et qui proviennent *ex contractu* ; elle ne figure dans aucune des énumérations des actions de bonne foi qu'on rencontre dans les textes, et elle ne ressemble même pas aux actions indiquées dans ces énumérations ; comme toutes les actions de droit strict, elle est fondée sur une relation unilatérale : enfin, toutes les *condictiones* sont des actions de droit strict. Au surplus, l'expression *actio operarum*, que l'on rencontre dans les textes, ne suffit pas à faire douter que ce ne fût une *condictio* ; on sait que le terme de *condictio* s'appliquait plus spécialement aux *condictiones certi*, et que l'action née de la stipulation qui avait pour objet un *incertum* était ordinairement désignée sous le nom d'*actio ex stipu-*

latu, ce qui n'empêchait pas qu'elle ne rentrât dans le genre des *condictiones*, dans le sens large du mot.

Nous avons vu, il est vrai, qu'il y a bien des éléments d'appréciation dont il faut tenir compte pour la vérification de l'existence de la dette de services et du montant de la condamnation à prononcer. Mais ces éléments d'appréciation ne sont pas ceux qui entrent en jeu dans une action de bonne foi. Ils tiennent à la nature sociale du rapport entre patron et affranchi; ils ne tiennent nullement à la convention des parties et à une réciprocité d'obligations. Le droit du patron a des limites, les unes de plein droit, les autres résultant d'exceptions qui doivent être insérées dans la formule pour qu'il en soit tenu compte; la sujétion à laquelle s'est soumis l'affranchi ne doit pas excéder ces limites, que la convention des parties ne peut étendre. Il y a d'ailleurs une appréciation à faire dans toutes les *condictiones incerti*, ce qui ne le empêche pas d'être de droit strict.

La condamnation à laquelle aboutissait l'*actio operarum* était toujours pécuniaire. Cela va de soi sous la procédure formulaire, puisqu'alors il n'y avait pas de condamnations qui n'eussent ce caractère. Mais ce fait repose sur autre chose qu'une règle de procédure, aussi subsiste-t-il sous la procédure extraordinaire: il est fondé sur ce qu'il s'agit d'une action en dommages-intérêts, intentée pour cause d'inexécution d'une obligation de faire, lorsque le temps pendant lequel devait s'accomplir cette obligation est écoulé.

Il résulte de ce caractère que l'*actio operarum* ne doit pas être arbitraire. En effet, les jurisconsultes nous présentent l'obligation comme ne pouvant plus être exécutée en nature au moment où l'action est exercée; et par suite on ne conçoit pas un *jussus judicis* tendant à en obtenir l'exécution (F. 8 pr., *De op. lib.*). Cette idée est sans doute fondée sur ce que les services, ainsi que nous l'avons vu, doivent être fournis au moment même où le patron les demande, parce qu'il est de leur nature d'être rendus à la convenance du patron. L'*indictio* a donc pour effet de déterminer individuellement les journées qui jusque-là n'étaient dues que *in genere*; ces journées écoulées, l'affranchi n'a plus le moyen de se libérer en en fournissant d'autres; c'est celles mêmes qui sont écoulées qui étaient dues, et elles ne peuvent se retrouver. D'autres pourraient ne pas être à la convenance du patron. Il n'est pas, par suite, au pouvoir du juge d'arbitrer une satisfaction en nature. Assurément, si le patron préfère avoir, encore à l'heure actuelle, des services en nature, au lieu de dommages-intérêts, il pourra transiger en ce sens avec l'affranchi; mais le juge ne peut prendre sur lui d'autoriser l'affranchi à se libérer par une prestation en nature; il ne peut que le condamner à des dommages-intérêts.

Comment se détermine le montant des dommages-intérêts? Il n'est évidemment pas fixé dans la formule; la *condemnatio*, venant à la suite d'une *intentio incerta*, ne peut être elle-même qu'*incerta*. C'est au juge à le déterminer. D'après quels principes le fera-t-il? Je ne vois pas

d'autres règles à lui tracer à cet égard que celles qui résultent des principes généraux; c'est-à-dire qu'il se livrera à une appréciation de pur fait sur l'intérêt qu'avait le patron à recevoir les services, ou, ce qui revient au même, sur le dommage qu'il éprouve par suite de ce qu'ils ne lui ont pas été fournis. Cette appréciation doit d'autant plus se faire en fait, qu'il faut tenir compte de l'élément personnel qui joue un si grand rôle dans ce contrat, et apprécier la valeur des services dont il s'agit non pas en général, mais au point de vue du patron; il faut rechercher non pas la valeur moyenne qu'ils pourraient avoir en les supposant fournis par une personne quelconque, mais la valeur qu'ils ont, étant fournis par l'affranchi.

On peut se reporter sur ce sujet à deux solutions relatives au montant de la condamnation, qui ont été développées plus haut à propos d'autres sujets : celle qui concerne le médecin qui impose comme service à ses affranchis médecins, de l'accompagner dans ses visites, afin de les empêcher d'exercer pour leur compte; et celle qui regarde la promesse d'une somme d'argent comme clause pénale pour des services qui ne sont pas formellement promis. (FF. 26, 39, *De op. lib.*).

Le montant des dommages-intérêts doit être fixé par le juge lui-même. Les actions de droit strict ne sont pas, en principe, de celles où le demandeur est admis à fixer lui-même, sous la foi du serment, le montant de son intérêt. On l'admet cependant à le faire dans ces actions quand la chose due a péri après la mise en demeure; et encore

Marcien, qui pose cette règle (F. 5, *De in lit. jur.*, XII, 3), en donne-t-il cette raison qu'en ce cas le juge n'a pas d'éléments d'appréciation de la valeur d'une chose qui n'existe plus. En supposant qu'on pût appliquer cette règle au cas où les services sont devenus impossibles par l'effet de leur prétérition après la mise en demeure de l'affranchi, du moins la même raison n'existerait plus, car les services ne sont pas une chose matérielle qui puisse par sa présence ou son absence influencer sur la décision du juge. Je suis plutôt porté à croire que notre espèce est en dehors des prévisions de la règle.

L'obligation de services peut être garantie par toutes les sûretés de droit commun et notamment par la plus courante chez les Romains, la fidéjussion. Il paraît certain que lorsqu'elle était contractée par serment, aussi bien que lorsqu'elle résultait d'une stipulation, elle comportait l'accession d'un *sponsor* ou d'un *fidepromissor*, à l'époque où l'on employait ces cautions spéciales aux obligations contractées *verbis*; car le serment est, comme la stipulation, un contrat verbal.

Rappelons que le fidéjusseur ne cautionne pas la dette même des *operæ*, qui ne peut être payée que par l'affranchi en personne, mais celle des dommages-intérêts qui seront dus en cas d'inexécution; d'où suit qu'il ne peut être personnellement en demeure pour l'obligation des *operæ*, ainsi qu'on l'a déjà vu (F. 44, *De op. lib.*).

CHAPITRE IX

TRANSMISSION DE LA CRÉANCE DE SERVICES

La créance résultant du contrat d'*operæ* est transmissible. Il ne s'agit pas ici de la transmission plus ou moins complète du droit patronal aux enfants du patron, qui leur permet de recevoir valablement de l'affranchi la promesse de services; c'est une question de capacité que nous avons étudiée en examinant quelles personnes peuvent figurer dans le contrat de services. Il s'agit de la transmission de l'obligation née du contrat. Or il faut, à ce point de vue, distinguer soigneusement, d'une part le droit de recevoir les services promis dont le temps n'est pas encore passé, et pour cela de les commander au besoin (*indicere*), c'est le droit aux *operæ futuræ*; et, d'autre part, le droit d'agir en justice à raison des services qui auraient dû être fournis, des *operæ præteritæ*.

C'est pour ce dernier cas que la règle est le plus simple. Quand le temps où les services étaient dus est passé, et

que l'action se trouve ouverte, il n'est plus dû que des dommages-intérêts, c'est-à-dire de l'argent. Dans ces conditions, la transmission s'opère comme pour une créance ordinaire; c'est-à-dire qu'elle ne s'opère qu'au profit de l'héritier du créancier, et qu'elle a lieu au profit de cet héritier quel qu'il soit. Aussi Pomponius énonce-t-il comme une opinion certaine que l'action peut être donnée, à raison des *operæ præteritæ*, à l'héritier externe lui-même (F. 4, *De op. lib.*). On peut toutefois induire d'un texte d'Ulpien (F. 29, *eod. tit.*), que l'exercice de cette action n'était pas absolument lié à celui des autres actions héréditaires; car le jurisconsulte nous dit que le droit de poursuivre la procédure commencée par le patron appartient, même lorsqu'il n'y a pas eu *litis contestatio*, à son fils, *etsi heres non exstat*. Cujas considère ces derniers mots comme improprement employés, et les entend dans le sens de *licet abstinuerit se*. Cette manière de voir paraît fondée, car nous verrons que la qualité d'héritier est nécessaire, même pour la transmission du droit aux *operæ futuræ*; elle paraît l'être encore plus évidemment pour la transmission du droit à l'action en indemnité; et cette correction est d'autant plus plausible qu'Ulpien termine sa décision par cette réserve : *nisi exheredatus sit*, d'où on peut légitimement conclure que la qualité d'héritier est nécessaire pour que la transmission se fasse au fils, et que c'est seulement de l'usage du bénéfice d'abstention que le jurisconsulte nous parle comme n'empêchant pas cette transmission. Je crois, d'ailleurs, qu'il ne faut admettre cette

décision que sous toutes réserves; le texte qui la donne, outre qu'il renferme une expression inexacte, n'est pas d'une netteté parfaite, et pourrait bien être altéré. Cujas y signale encore une correction à faire qui semble bien imposée par l'ensemble des autres décisions sur la matière; le premier membre de phrase de ce texte, supposant apparemment le patron décédé depuis la *litis contestatio*, dit que la *translatio judicii* n'a pas lieu en faveur de l'héritier externe : *translationem heredi extraneo non esse dandam*. Cujas supprime la négation, et le fait est que, sans cette mesure radicale, il ne paraît guère possible de tirer des textes une théorie qui puisse tenir debout.

Passons maintenant à la question de la créance des *operæ futuræ*. C'est bien à cette question que paraît se référer la règle posée par Ulpien (F. 6, *De op. lib.*) en ces termes : *Fabriles operæ, ceteræque, quæ quasi in pecuniæ præstatione consistunt, ad heredem transeunt : officiales vero non transeunt*. Mais il ne faut pas entendre ce principe d'une manière trop absolue. Cette énonciation donnerait à croire que les *operæ officiales* sont tellement personnelles au patron, qu'en aucun cas elles ne passent à son héritier. Il n'en est rien, ainsi que nous le verrons par les textes que nous citerons tout à l'heure, et qui ne font pas de distinction quant à la nature des *operæ*. Il faut donc entendre ce texte en ce sens que les *operæ officiales* ne passent pas à l'héritier du patron en sa seule qualité, c'est-à-dire qu'elles ne passent pas à tout héritier, notamment à l'héritier externe; tandis que les *operæ fabriles* et

celles qui y ressemblent se transmettent d'une manière aussi large que les *operæ præteritæ* de toute nature ; et la raison en est simple : les *operæ præteritæ* ne représentent que de l'argent ; les *operæ fabriles*, même *futuræ*, ressemblent à une dette d'argent, en ce sens qu'elles sont facilement appréciables en argent : elles sont de la nature de celles qui, entre personnes quelconques, peuvent faire l'objet d'un louage. Ce qui en est dit ici s'applique soit à des *operæ* stipulées entre étrangers, soit à des services d'affranchi dont la nature a été déterminée dans le contrat et qui sont *fabriles*, soit même à des services d'affranchi stipulés d'une manière indéterminée, puis précisés comme *operæ fabriles* dans l'*indictio* faite par un patron qui est décédé avant que le temps dans lequel ces services devaient être rendus fût écoulé. Il y a même raison de décider dans tous ces cas.

Quant aux *operæ* purement *officiales*, qui au jour du décès du patron sont dues par l'affranchi sans indication de nature, ou sont d'une nature telle qu'elles ne peuvent être un objet de commerce, et qu'on ne peut en dire : *quasi in pecuniæ præstatione consistunt*, pourquoi ne se transmettraient-elles pas aux descendants du patron qui, nous l'avons vu, conservent en partie le droit patronal sur l'affranchi, et peuvent à ce titre recevoir de lui la promesse de services ? Il semble naturel de l'admettre, pourvu du moins que ces descendants du patron soient en même temps ses héritiers, car il faut leur supposer cette qualité pour que la créance

née en la personne de leur ascendant passe sur leur tête. Cette hypothèse est vérifiée par les textes. Lorsque l'affranchi a promis des services à son patron, dit Gaius, il est constant qu'il ne les doit à ses enfants que si ceux-ci sont héritiers de leur père (F. 22, *De op. lib.*).

Cette transmission suit même des règles plus larges qu'on ne pourrait le croire *a priori*. C'est ce qu'indique Paul au F. 51, *De op. lib.* L'action des *operæ* appartient parfois, dit ce jurisconsulte, à des personnes qui n'ont pas le droit patronal. Je traduis par *action* l'expression *petitio operarum*, qui littéralement a ce sens, mais qui est évidemment prise ici dans un sens large, et embrasse même le droit aux *operæ futuræ* : car ce que dit Paul serait parfaitement inutile s'il s'agissait de l'action des *operæ præteritæ*, et surtout il ne devrait pas nous signaler ce cas comme une particularité, une exception rare, puisque la décision s'appliquerait à tous les héritiers externes. Il faut donc admettre que dans certains cas le droit aux *operæ futuræ* appartient à des descendants du patron qui, tout en étant ses descendants, n'ont pas le *jus patroni*. On comprend, au surplus, qu'on accorde un peu plus largement le droit d'hériter de la promesse de services faite au patron que celui d'imposer une nouvelle promesse en qualité de patron. Quoi qu'il en soit, voici les cas indiqués par Paul (voir aussi Pomponius, F. 4, *eod. tit.*). Le droit aux services se transmet à tous les enfants non exhérédés, bien qu'il ait été fait au profit de l'un d'eux une *adsignatio liberti*, qui a pour effet de réserver au profit exclusif de

l'enfant qui en est bénéficiaire le droit de patron dans la succession de l'affranchi. Il se transmet aussi, au cas où il y a deux patrons, au fils de l'un d'eux décédé, bien que l'autre survive, ou au petit-fils de l'un des patrons malgré l'existence d'un fils de l'autre, bien qu'en pareil cas, pour les droits de succession, la représentation ne soit pas admise, que le patron survivant exclue le fils du prédécédé, et que le fils de l'un exclue le petit-fils de l'autre. C'est que le droit aux *operæ* jurées ou promises n'a rien de commun, ainsi que nous dit Pomponius, avec un droit d'hérédité ou de *bonorum possessio* : c'est un droit de créance. La même solution est donnée par Ulpien dans ses *Regulæ*, tit. 17, §§ 2 et 3.

Il y a encore d'autres personnes qui n'ont pas le droit patronal et recueillent pourtant dans la succession du patron le bénéfice de la promesse d'*operæ officiales* à lui faite. Ce sont, d'une part, les enfants émancipés du patron, ou ceux qu'il a donnés en adoption et qu'il institue ensuite héritiers, et d'autre part les enfants de la patronne ; les uns comme les autres ne se trouvant pas, au jour du décès de l'auteur de l'affranchissement, sous sa puissance paternelle, n'ont pas de lien civil avec l'affranchi. La décision, en ce qui les concerne, est donnée par Ulpien dans un texte (F. 7₇₋₉, *De op. lib.*) qui, bien qu'il y soit parlé de l'action, se réfère certainement tout autant à la créance des *operæ futuræ* ; cela résulterait au moins de ce qui est dit pour l'enfant donné en adoption : *magis est ut operæ ei debeantur*. Le F. 22, *eod. tit.*, parle

aussi d'un enfant émancipé qui est écarté du droit aux *operæ*, non parce qu'il est émancipé, mais parce qu'il est exhéredé.

Il est d'ailleurs à remarquer que toutes les personnes auxquelles passe le droit aux *operæ officiales* sont des descendants du patron ; ce droit ne peut passer à des héritiers externes, ce qui résulte d'une décision formelle de l'empereur Alexandre Sévère (C. 10, *De op. lib.*). — C'est peut-être pour cette raison qu'on exige que la qualité d'héritiers, qui est nécessaire aux descendants pour qu'ils recueillent le droit aux *operæ*, leur appartienne de leur chef, et non par un intermédiaire, car alors ils seraient assimilés à des héritiers externes. Cette règle est donnée par Gaius, qui l'emprunte à Julien (F. 22, *De op. lib.*), et en fait l'application au fils émancipé que le patron a exhéredé en instituant héritier l'esclave de ce fils (on suppose un fils émancipé, parce que le fils *in potestate* ne pourrait avoir d'esclaves à lui). Ce fils, devenu héritier par le moyen de son esclave, ne pourra exiger que les services lui soient rendus, pas plus, dit le jurisconsulte, qu'un patron qui ne se serait pas fait promettre de services, ou qui aurait consenti au rachat des services à lui promis. Cette comparaison semble montrer que ce fils aurait en lui la capacité personnelle voulue pour être créancier de services ; mais à cause de la manière indirecte dont le droit héréditaire lui parvient, la promesse de services est à son égard réputée non avenue : or, sans la promesse, pas de créance civile, pas d'action.

Un point curieux à noter est la division qui se fait entre les héritiers. La créance de services ne se partage pas dans la proportion des parts héréditaires qui appartiennent à chacun, mais par têtes. Ainsi deux fils du patron, institués par parts inégales, ont chacun par moitié la créance de services (Ulpien, F. 7., *De op. lib.*). Dans ce texte encore, il est question de *operarum actio*, mais il doit s'agir de l'action à venir, c'est-à-dire de l'obligation des *operæ futuræ*. Cette décision repose évidemment sur ce qu'on s'attache plus à la qualité quasi-patronale, qui est égale chez les deux fils, qu'à leurs droits héréditaires qui sont inégaux; or cela ne peut s'appliquer à des descendants que lorsqu'ils ont droit à des *operæ* en nature, et non lorsque leur droit est réduit à une simple créance de dommages-intérêts, qui leur appartient au même titre qu'aux simples héritiers externes.

Ajoutons enfin que la créance de services peut passer même aux enfants qui ne sont pas héritiers, si le serment ou la promesse ont été faits expressément en leur faveur. C'est ce qui résulte *a contrario* du texte de Gaius (F. 22, *De op. lib.*) qui nous dit que la qualité d'héritier est nécessaire quand l'affranchi, promettant des services à son patron, n'a pas ajouté : *liberisque ejus*. Il est à remarquer qu'il n'en est pas de la promesse *patrono liberisque ejus* comme de la promesse *patrono aut Titio*, qui est sans effet à l'égard de *Titius*, même si on le suppose fils du patron. Tant que le patron vit, on n'assimile pas les

services rendus même à son fils à ceux qui lui seraient rendus à lui-même ; mais après son décès, le fils est investi personnellement d'une certaine mesure de droit patronal, et il peut avoir droit aux services ; aussi la promesse qui tend à les lui assurer après le décès de son père est tellement efficace qu'il y aura droit en vertu de cette promesse, même s'il n'est pas héritier de son père.

Nous savons que la promesse de services ne pouvait être demandée aux enfants de l'affranchi, et de même il paraît certain que la dette résultant de la promesse de leur père ne passait pas à leur charge. Mais ils pouvaient avoir à invoquer leur qualité d'enfants d'affranchi à l'occasion de dettes d'argent qui, bien entendu, passaient de la tête de leur père sur la leur, et sur lesquelles se posaient des questions relatives à notre matière. Ainsi on leur accordait comme à leur père, et cela est tout naturel, l'exception *onerandæ libertatis causa* (F. 1₁₂, *Quar. rer. act.*, XLIV, 5).

Il y a un autre cas que celui du décès, où les biens du patron passent en bloc sur la tête d'une autre personne, c'est celui où il subit la *bonorum venditio*. Il y a au titre *De operis libertorum*, au Digeste, un texte de Papinien sur cette hypothèse, qu'il nous faut encore expliquer (F. 40, *De op. lib.*). Voici ce texte : *Si bona patroni venierunt, operarum quæ post venditionem præterierunt, actio patrono dabitur ; et si alere se possit, ante venditionem præteritarum non dabitur : quoniam ex ante gesto agit*. Ce texte est généralement ponctué ainsi ; mais Cujas consi-

dère cette ponctuation comme fausse, et croit devoir rattacher les mots *et si alere se possit* au premier membre de phrase. Cette opinion paraît bien fondée. En effet, c'est une règle absolue que celui qui a subi la *bonorum venditio* ne peut agir pour cause antérieure à la *bonorum venditio*, *ex ante gesto* ; au contraire, il a droit à ce qui lui advient postérieurement, sauf à subir une nouvelle *bonorum venditio*, qui l'en dessaisira encore. Mais l'effet de cette nouvelle *bonorum venditio* peut être atténué si le débiteur a fait *bonorum cessio* : en ce cas, on ne pourra plus le dessaisir de tout ce qu'il possède ; on devra lui laisser, à titre alimentaire, ce qui est nécessaire à sa subsistance. C'est donc seulement pour les droits échus postérieurement à la *bonorum venditio* que la question des aliments peut se poser ; ce qui semble justifier la correction de Cujas.

Cela posé, voici comment je comprends la décision de Papinien. Des *operæ* qui étaient *præteritæ* au moment de la *bonorum venditio*, il ne peut plus être question pour le patron : déjà il était dû, à raison de ces services, des dommages-intérêts ; les créanciers s'en sont emparés et c'est à eux qu'ils seront payés. Quant aux services non encore échus au moment de la *bonorum venditio*, ils sont dus au patron, quoique dérivant d'un contrat antérieur à la *bonorum venditio*, si à cette même époque ils n'étaient pas encore commandés, car la créance ne naît que par l'*indictio*. Je crois même que le texte autorise à admettre, au moins pour les *operæ* purement *officiales*, qu'elles ne

sont dues qu'au patron si elles ne sont pas échues au jour de la *bonorum venditio*, alors même qu'elles ont été déjà commandées et qu'on peut dire : *inceptum cedere ante bonorum venditionem*. Cela s'explique par le caractère exclusivement personnel de cette créance, qui ne peut être due en nature à une autre personne qu'au patron. Si ces services ne sont pas exactement rendus, il naît une action en dommages-intérêts, qui prend naissance pour chaque jour omis dès que ce jour est passé, et, n'étant pas, par suite, réputée procéder *ex ante gesto*, appartient au patron. Et, nouvelle particularité, elle lui appartient si bien qu'elle ne tombe même pas sous le coup de nouvelles poursuites exercées par les créanciers, et cela sans qu'il y ait à examiner si elle est nécessaire à titre d'aliments, alors même par conséquent que le patron aurait d'ailleurs les aliments nécessaires : *et si alere se possit*. Sans doute, on considère encore cette dette, quoiqu'elle n'ait plus pour objet que des dommages-intérêts, comme ayant un caractère assez personnel pour devoir être laissée au patron *misericordiæ causa*, sans qu'il y ait à examiner si en fait elle dépasse la mesure alimentaire : c'est un cas exceptionnel où sans doute, contrairement au principe posé à cet égard par Ulpien (F. 6, *De Cess. bon.*, XLII, 3), on considère plutôt *qualitatem* que *quantitatem*.

On peut, lorsqu'il s'agit de services non encore commandés lors de la *bonorum venditio*, justifier plus particulièrement cette solution en considérant qu'il dépend

absolument du patron, de sa seule volonté, de faire naître le droit aux services et l'action qui en dérivera, car lui seul peut *indicere operas*, et l'exercice de ce droit est absolument à sa discrétion. On peut donc décider que les créanciers, qui n'ont pas pu y compter, n'en profiteront pas.

Puisque nous sommes en matière exceptionnelle, on peut se demander si la faveur faite à la créance d'*operæ* est subordonnée à la condition de la *bonorum cessio*; il est certain que le texte de Papinien ne mentionne pas cette condition; il est bien difficile de trancher la question. Au surplus, au temps de Justinien, il faut entendre ce texte comme relatif à la *bonorum distractio*, qui a pris complètement la place de la *bonorum venditio*; mais les principes de ces deux voies d'exécution ne diffèrent pas sur le point qui nous occupe.

CHAPITRE X

QUELQUES MOTS SUR LA SOCIÉTÉ

« LIBERTATIS CAUSA »

En dehors de l'action donnée à raison des *operæ*, du *donum* ou du *munus* promis par l'affranchi au patron, nous avons vu que le préteur Rutilius avait conservé une *actio societatis*, lorsqu'il limita dans son édit l'abus des *libertatis causa imposita*. Ulpien (F. 1, *De bon. lib.*) nous indique le caractère particulier qu'avait cette société : *videlicet, si hoc pepigisset, ut nisi ei obsequium præstaret libertus, in societatem admitteretur patronus*. Cette société était donc conditionnelle, et avait même un caractère de clause pénale, de sorte qu'il semble qu'elle était plutôt un moyen employé pour retenir l'affranchi dans la dépendance du patron, qu'une convention ferme de partage des bénéfices qui pourraient être réalisés par l'affranchi. Peut-être d'ailleurs la convention ferme était-elle usitée aussi, quoique Ulpien n'en parle pas. Dans tous les cas, c'est

bien une convention ayant le caractère de *libertatis causa impositum*, opérant rétention d'une partie du droit du maître sur l'esclave qu'il affranchit. Par les *operæ*, le patron conserve une partie du droit à l'activité de l'ancien esclave, par la société une partie du droit à ses acquisitions. Tel paraît être l'esprit de cette opération qui, à cause de son caractère aléatoire, se prêtait moins pratiquement que le rachat à former un traité commutatif, entre le maître et l'esclave, sur la concession de la liberté. Il est difficile, au surplus, d'étudier à fond cette société, qui n'existait plus à l'époque classique, et dont les textes ne parlent presque que par allusions. Il paraît vraisemblable qu'elle se formait par le simple consentement, comme les sociétés en général, ainsi que peut le faire supposer le mot *pepigisset* employé par Ulpien. Ce qu'on peut le plus sérieusement étudier sur ce contrat, c'est sa disparition.

Cette société ne fut sans doute guère maintenue plus d'un siècle après le préteur Rutilius (1), puisque déjà au temps d'Auguste, Labéon décidait qu'elle était nulle. Cela n'a pas lieu de nous étonner si nous remarquons qu'elle se rapprochait beaucoup de la promesse d'argent imposée *libertatis causa*, et notamment de celle qui était faite *onerandæ libertatis gratia*, puisqu'il était d'usage de la stipuler à titre de clause pénale. Elle dut donc être fortement atteinte par l'admission de l'exception *onerandæ*

(1) V. p. 19, note 1.

libertatis causa, et ce coup suffit peut-être à la faire disparaître, étant donné qu'il en supprimait l'application, sinon unique, au moins la plus usuelle; la jurisprudence, l'action des jurisconsultes durent la faire considérer comme une charge toujours trop onéreuse, alors même qu'elle n'aurait pas été stipulée à titre pénal. On a supposé aussi que la loi *Ælia Sentia* l'avait supprimée, et que c'était pour cela que Labéon la déclarait nulle *ipso jure* (F. 36, *De op. lib.*). Il ne me paraît pas probable que la loi *Ælia Sentia* ait prononcé expressément cette abolition, sans quoi Ulpien rappellerait la disposition de cette loi plutôt que de rapporter une opinion de Labéon, et Labéon lui-même n'aurait pas dit *palam est*, expression qui, bien que formulant une opinion certaine, ne suppose pas un texte de loi précis. Il me paraît plus vraisemblable d'admettre que cette nullité *ipso jure* ne résulte que de la doctrine et de la jurisprudence qui introduisaient, aussi bien que les textes législatifs, des principes dans le droit civil. Ces mots *ipso jure* peuvent très bien aussi exprimer que l'exception *onerandæ libertatis causa* n'avait pas besoin d'être insérée dans la formule de l'action, ce qui est vraisemblable, l'action *pro socio* étant de bonne foi.

Ulpien (F. 4₁, *De bon. lib.*) rattache d'ailleurs la suppression de l'*actio societatis* à une innovation prétoirienne, la *bonorum possessio dimidiæ partis*; et ces deux faits peuvent bien avoir au moins influé l'un sur l'autre. En l'absence de descendants de l'affranchi, le prêteur attribue au patron, qu'il y ait ou non un testament de

l'affranchi, la moitié de sa succession, et cela alors même que l'affranchi laisserait un enfant adoptif ou une femme *in manu*. Cette extension des droits du patron a diminué l'intérêt qu'il pourrait avoir à s'assurer entre-vifs une participation aux bénéfices réalisés par l'affranchi, et a pu faciliter la suppression d'un droit onéreux pour l'affranchi et qui couvrait des abus d'autorité de la part du patron.

CHAPITRE XI

DROITS DU PATRON A L'ÉGARD DU MARIAGE DE L'AFFRANCHI

Il nous reste à traiter des droits du patron relativement au mariage de l'affranchi, qui ne nous entraîneront pas d'ailleurs à de longs développements.

Tout d'abord, il paraît bien que c'était anciennement un droit pour le patron d'épouser la femme qu'il avait affranchie, et qu'il pouvait l'épouser malgré elle. C'est ce qui résulte de l'ensemble de deux fragments de Marcien et d'Ulpien, rapprochés par les compilateurs du Digeste (FF. 28 et 29, *De rit. nupt.*, XXIII, 2). Ce texte pose la règle contraire et refuse au patron le droit d'épouser son affranchie malgré elle; mais il attribue en même temps cette défense à une disposition prise par Aétius Capiton pendant son consulat, et les restes de cette ancienne faculté prouvent bien qu'elle a réellement existé. Le texte même qu'on vient de citer ajoute que la règle négative

posée par Capiton ne s'applique pas au cas où la volonté d'épouser la femme esclave est précisément le motif qui a porté le patron à l'affranchir.

L'ancien principe révélé par ce texte est très remarquable, non seulement en ce qu'il constitue une exception à la règle, qui pour nos idées actuelles paraît un axiome, et qui en droit romain était presque absolue, qu'une personne ne peut être contrainte à contracter mariage malgré elle (C. 14, *De nupt.*, V, 4); mais aussi en ce qu'il en résulte une dérogation au principe maintenu jusqu'à Auguste, c'est-à-dire précisément jusqu'à l'époque de la réforme de Capiton, de l'absence de *connubium* entre les personnes ingénues et les affranchis, fussent-ils citoyens romains. Cette prohibition du mariage entre ingénus et affranchis fut levée par les lois caducaires; toutefois de pareilles unions furent interdites aux sénateurs et à quelques autres personnes d'un rang élevé. Pour ceux-là, il n'y a pas d'exception à faire à la règle qui s'impose à eux pour le cas où ils voudraient épouser leur propre affranchie; ils ne peuvent pas plus l'épouser que toute autre personne ayant été esclave, à moins d'une permission spéciale du prince, car il est peu de prohibitions qui ne souffrent de dispense de la part de l'omnipotence de l'empereur (C. 15, *De nupt.*, V, 4; F. 31, *De ritu nupt.*, XXIII, 2).

Cette spécialité du mariage de l'affranchie avec son patron doit être rattachée à l'étude des charges imposées à la liberté. Si ce droit existait au profit du patron de

plein droit, et ne résultait pas, comme le droit aux *operæ*, d'un contrat, du moins ressemble-t-il dans son exercice aux charges conventionnelles de la liberté. Il suppose, sinon un concours de volontés, du moins une volonté, celle du patron, qui est libre d'user ou non de son droit; et c'est précisément celle-là qui joue le rôle prépondérant dans le contrat de services. En outre, à la différence de la plupart des prérogatives du patron à l'égard de l'affranchi vivant, celle-ci s'exerce par un acte positif et ne se borne pas à imposer une abstention ou une simple marque de déférence. Il y a là une main-mise, de la façon la plus formelle, sur la liberté personnelle de la personne affranchie, ce qui est le caractère des *libertatis causa imposita*. On pourrait seulement en rapprocher, jusqu'à un certain point, la nomination de l'affranchi comme tuteur des enfants du patron, par le testament de ce dernier, nomination impérative à laquelle il ne peut se soustraire.

L'assimilation aux *libertatis causa imposita* de l'institution qui nous occupe, devient plus complète à partir de la réforme de Capiton. Dès ce moment, en effet, la faculté d'épouser l'affranchie n'appartient plus de plein droit au patron, mais il peut se la réserver; réserve analogue à celle du droit aux *operæ*.

Il y a, dans la formation de ce droit, une différence importante avec celle du droit aux *operæ*, c'est qu'elle ne suppose aucune forme de contrat, ni serment, ni stipulation; il faut tout simplement que le maître ait affranchi la femme esclave dans le but de l'épouser. L'affranchisse-

ment *matrimonii causa* est un acte absolument unilatéral du maître. De là il résulte que le droit au mariage avec l'affranchie ne s'exerce pas au moyen d'une action. Les textes ne nous parlent nullement d'une semblable action, qui, d'ailleurs, manquerait son but, car elle aboutirait à une condamnation pécuniaire, qui n'a rien de commun avec l'intention que se propose le patron. Ce droit s'exerce par la seule volonté du patron. Le mariage est un acte consensuel : il exige ordinairement le concours de deux volontés; mais puisqu'on admet que le patron peut imposer sa volonté à son affranchie, pourquoi ne pas admettre que le mariage sera réputé contracté par le fait seul que le patron le voudra? Les textes ne nous disent pas formellement cela; mais ils nous montrent, ainsi que nous allons le voir, que le mariage se maintient par la persistance de la seule volonté du patron, ce qui permet d'admettre qu'il se forme au besoin par cette seule volonté.

L'effet du mariage contracté dans ces conditions, sur lequel les textes insistent le plus, c'est que la femme n'a pas le droit de divorcer par sa seule volonté. (Modestinus, F. 40, *De divort.*, XXIV, 2.) Le texte formel de la loi à cet égard nous a été conservé : *Divortii faciendi potestas libertæ, quæ nupta est patrono, ne esto, quamdiu patronus eam uxorem esse volet.* (F. 41, *De divort.*)

Tel est le principe. Mais il semble bien que, tout en lui donnant pleine valeur légale, on ne lui ait pas donné, ou du moins conservé, pleine efficacité pratique. C'est ce qui résulte du commentaire que donne Ulpien du texte

que nous venons de citer d'après lui. Il ne faut pas conclure de ce texte à la nullité du divorce procédant de la volonté de la femme, et croire que la loi a dérogé au principe de droit civil de la dissolution du mariage par le divorce. On ne peut dire, d'après le jurisconsulte, que le mariage subsiste, quand il y a séparation effective ; seulement, tant que le patron persiste dans la volonté d'avoir l'affranchie pour épouse, celle-ci ne peut épouser un autre homme ; elle ne peut demander la restitution de sa dot ; elle ne peut même s'unir à un autre homme dans ce commerce reconnu comme demi-régulier sous le nom de concubinat. Ulpien paraît n'admettre que sous réserve ce dernier point, qu'il emprunte à Julien.

Ainsi la sanction du droit du patron au mariage de son affranchie paraît bien n'être que négative. On empêche la femme de jouir des conséquences de son divorce ou de son refus de mariage avec le patron, comme si elle était ou restait mariée avec lui ; mais le patron ne semble pas pouvoir la forcer à habiter avec lui, l'empêcher de le quitter quand elle a accepté sa main. J'assimile les deux cas de divorce et de refus de mariage, ne voyant pas de raison de ne pas les placer absolument sur la même ligne.

Cette situation imparfaitement définie se prolonge tant que dure la volonté du patron. Elle cessera donc, dit Ulpien, soit que le patron cesse d'être patron, soit qu'il cesse de vouloir l'affranchie pour épouse. Son changement de volonté, d'ailleurs, n'est sujet à aucune forme, et peut être exprimé de mille manières ; et Ulpien développe

cette idée d'une manière qui révèle chez lui une tendance à admettre facilement ce changement, sans doute pour mettre fin à une situation qui n'est pas nette. Ainsi le patron sera censé avoir renoncé à sa volonté toutes les fois qu'il se sera fiancé à une autre femme, ou même dès qu'il aura recherché sa main ; que s'il a pris une concubine, on pourra voir là un indice, mais ce ne sera qu'un commencement de preuve qu'il faudra compléter. S'il intente contre l'affranchie une action qui suppose la disparition de toute affection conjugale, que jamais un mari n'intentera contre une femme avec laquelle il voudra rester marié, on admettra de même qu'il consent au divorce : ainsi, s'il la poursuit comme adultère, ou même, d'après un rescrit des empereurs Sévère et Caracalla, s'il intente contre elle l'action *rerum amotarum*.

Le droit du patron s'étend-il au cas où il veut avoir son affranchie pour concubine, ou est-il restreint au cas où il veut l'avoir pour épouse ? La solution restrictive résulte d'un texte d'Ulpien (F. 4 pr., *De concub.*, XXV, 7). Cette solution nous paraît naturelle, le véritable mariage paraissant seul mériter la faveur de la loi. Nous voyons cependant que telle n'est pas l'idée d'Ulpien, qui, par un sentiment qui ne devait pas lui être personnel, paraît attacher un plus haut prix au respect de la distinction des classes qu'à l'observance de la sévérité des mœurs. J'approuverais, dit-il, qu'on ne permît pas à l'affranchie, concubine du patron, qui le quitte malgré lui, de contracter un mariage valable, et qu'on ne rendît pas la pré-

rogative du patron moins grande au cas où l'affranchie est sa concubine qu'au cas où elle est mariée avec lui : car il est plus honorable au patron d'avoir son affranchie pour concubine que de l'avoir pour femme.

Le droit d'imposer le mariage à l'affranchie doit être régi en général par les mêmes règles que le droit de lui imposer des services ; les mêmes conditions doivent se trouver réunies en la personne du patron, notamment au point de vue de la cause de l'affranchissement, qu'il faut supposer de sa part spontané et émanant de sa volonté libre, afin qu'il puisse conserver sur l'affranchie une partie de son droit de maître. Les textes nous indiquent, dans cet ordre d'idées, que l'affranchie à laquelle la liberté a été donnée par fidéicommiss, bien qu'étant l'affranchie de l'héritier, ne lui est pas soumise au point de vue du mariage, de même qu'elle ne s'engage pas valablement à lui fournir des services (F. 50, *De ritu nupt.*; F. 10, *De divort.*).

La faculté dont il s'agit n'existe qu'en ce qui concerne le patron à l'égard de son affranchie, non en ce qui concerne la patronne à l'égard de son affranchi. Le langage des textes ne permet pas d'en douter ; jamais on n'y trouve l'hypothèse renversée. Le mariage était d'ailleurs possible entre patronne et affranchi, et quand il avait lieu, il ne faisait pas oublier au mari l'honneur qui lui avait été fait et la dignité de la femme ingénue à laquelle il lui avait été donné de s'unir, ainsi que semblent le montrer des inscriptions citées par M. Lemonnier. Mais on

ne pouvait, quelle que fût la différence d'origine entre les deux époux, considérer le mari comme étant légalement subordonné à sa femme, et donner à la patronne le droit d'épouser l'affranchi par sa seule volonté ou de l'empêcher de divorcer. La différence s'explique très bien.

La faculté qui appartient au patron appartient-elle à ses descendants non émancipés ? La question ne se pose pas pour eux exactement comme lorsqu'il s'agit des services. En effet, bien que le patron s'assure ordinairement les services, au moyen du premier serment, avant l'affranchissement, rien ne nécessite juridiquement la manifestation, lors de l'affranchissement, de l'intention de se réserver les services. Aussi rien n'empêche la promesse de services d'être demandée par le fils du patron, quel que puisse être le temps écoulé depuis l'affranchissement. Au contraire, la réserve de la faculté d'épouser l'affranchie ne se conçoit que chez celui qui affranchit. Il y a donc tout lieu de croire que le patron lui-même peut seul engager et retenir malgré elle la femme affranchie dans les liens du mariage, et que le F. 51, *De ritu nupt.*, doit s'interpréter en ce sens que le fils de famille qui a, par la seule volonté de son père, affranchi une femme esclave *matrimonii causa*, peut l'épouser, parce que le père, en consentant à cet affranchissement fait dans cette intention, a renoncé au droit d'user pour son compte de la faculté d'épouser l'affranchie : mais il ne résulte pas de là que le fils puisse imposer ce mariage à l'affranchie.

A part le cas que nous venons d'expliquer, et où le

patron peut, en réclamant l'affranchie pour sa femme, l'empêcher indirectement d'épouser un autre homme, on ne voit nulle part que les patrons ou patronnes aient, en vertu de leur seule qualité, le droit d'intervenir dans la question du mariage de leurs affranchis de l'un ou de l'autre sexe, et notamment que leur consentement soit nécessaire pour ce mariage. Nous avons vu, il est vrai, que le patron du sexe masculin perdait son droit aux services de la femme affranchie lorsque celle-ci s'était mariée de son consentement; mais cette règle même montre qu'il n'en était pas ainsi dans le cas contraire et que, puisqu'on peut supposer ce cas contraire, c'est que le consentement n'était pas nécessaire à la validité du mariage. A ce point de vue donc, les affranchis ne sont pas assimilés aux enfants et jouissent d'une plus grande indépendance. On comprend que les patrons aient cherché à s'attribuer ce droit, qu'on pourrait considérer, comme ceux que nous avons étudiés plus haut, comme une parcelle retenue par eux de la puissance dominicale. Ils ont même cherché à faire plus, et à imposer parfois à leurs affranchis la prohibition complète de se marier, mesure inspirée sans doute par le désir de les retenir plus complètement à leur disposition. Ils avaient recouru pour cela, comme pour la promesse de services, au serment. Rien ne nous révèle d'ailleurs que ce serment ait jamais été considéré comme contrat civil; mais le lien religieux qui en résultait imposait évidemment à la conscience de l'affranchi une contrainte morale très sérieuse. Les lois d'Auguste tendant

à la multiplication des mariages ne pouvaient tolérer un pareil abus. On paraît d'ailleurs avoir fait parfois quelques confusions au sujet des lois qui vinrent régler ce point particulier; mais il semble bien que c'est la loi *Julia* qui a décidé que ce serment serait remis à l'affranchi, qu'il en serait délié; et qu'ensuite la loi *Ælia Sentia* est venue ajouter à cette sanction une pénalité contre le patron qui aurait exigé ce serment, pénalité semblable à celle qui frappait le patron lorsqu'il avait exigé une rançon pour les services de l'affranchi : la perte de ses droits dans la succession de l'affranchi. C'est ce qui paraît bien résulter de deux textes de Paul (FF. 6 et 13, *De jure patr.*).

Le patron encourt la déchéance, non seulement s'il exige de l'affranchi le serment dont il s'agit, mais encore s'il autorise son fils ou quelque autre personne placée sous sa puissance à l'exiger, ou même simplement si ce serment est prêté à sa connaissance et sans opposition de sa part. *Adigere jurejurando ne nubat liberta, vel libertus liberos tollat, intelligitur etiam is qui libertum jurare patitur.* (Paul, F. 6 pr., *De jure patr.*) On ne veut pas que la règle puisse être éludée; on exige même que le patron veille jusqu'à un certain point à l'exécution de la loi. S'il a connaissance que le serment ait été prêté, à son fils par exemple, à son insu, il doit en délier l'affranchi, sous peine de tomber sous le coup de la loi.

La règle en question ne porte aucune atteinte au droit du patron d'épouser son affranchie. Aussi déclare-t-on

valable le serment fait par l'affranchie d'épouser son patron, pourvu que le patron l'ait exigé avec l'intention sérieuse d'épouser cette femme. Mais s'il n'avait pas cette intention et s'il a cherché là seulement un détour pour prohiber complètement le mariage de l'affranchie, il y a fraude à la loi, suivant l'opinion de Julien, et on considère le serment fait par l'affranchie d'épouser le patron comme un serment de ne pas se marier. De même la peine de la loi est encourue, si le patron a exigé de l'affranchi le serment de ne pas se marier avant un certain temps, ou de n'épouser qu'une affranchie du même patron, ou qu'une cognate du patron, ou si le patron a prétendu se réserver la faculté de donner ou refuser son consentement au mariage. (F. 6., *De jure patr.* ; F. 3., *De suis*, XXXVIII, 16).

Mais le serment de ne contracter qu'un mariage permis par la loi n'est pas atteint par les dispositions qui nous occupent ; il n'a rien de contraire à l'ordre public (V. *ibid.*).

OBSERVATION FINALE

C'est une chose bien remarquable, que nous trouvions encore dans les textes juridiques de Justinien, à une époque où l'Empire d'Occident est tombé, où l'histoire romaine est finie, d'abondants documents sur cette institution des *libertatis causa imposita*, dont les origines remontent si haut, et qui, avec l'esclavage et l'affranchissement qui est le complément de l'esclavage, a survécu à tant de perturbations sociales et à de si profondes modifications des institutions et du droit. Il faut qu'elle ait tenu aux éléments les plus fondamentaux de la constitution sociale pour se perpétuer ainsi : c'est bien ce que nous avons reconnu en la rattachant à l'organisation de la famille. Aussi faut-il, pour la voir disparaître, attendre l'époque où, sous des influences nouvelles, inconnues au monde romain, la société commence à se refondre sur un nouveau plan.

DROIT FRANÇAIS

PRINCIPES DE LA SANCTION DE L'OBLIGATION D'EMPLOI OU DE REMPLOI DES BIENS DE LA FEMME MARIÉE

CHAPITRE PREMIER

NOTION GÉNÉRALE DE L'OBLIGATION D'EMPLOI OU DE REMPLI SOUS LE RÉGIME DOTAL ET SOUS LE RÉGIME DE COMMUNAUTÉ.

Le droit romain des derniers temps de la République avait été amené par les besoins issus de la complication de la société, à modifier l'ancien régime matrimonial, en assurant à la femme la restitution de sa dot à la dissolution du mariage. Le droit de l'époque impériale avait développé un système de garanties pour cette restitution, et c'est sur le fonds dotal qu'a porté surtout la sollicitude du législateur.

Ce régime s'est implanté en Gaule avec la civilisation romaine ; et quand à la nation gallo-romaine a succédé

la nation française, tandis qu'une moitié de la France, plus profondément atteinte par les transformations sociales, voyait s'y substituer d'autres régimes, il s'est conservé dans son essence et est resté le droit commun de la partie méridionale du pays. Il a aussi largement inspiré le droit spécial de la province de Normandie, qui, sur ce point, se singularise entre les provinces du Nord.

Après la Révolution, le législateur, reprenant le travail de simplification et d'unification du droit déjà commencé par les grandes ordonnances des derniers règnes, mais y ajoutant des procédés plus absolus et des vues plus systématiques, a rejeté de la codification des lois matrimoniales le dualisme encore très vivant, sur ce point, de notre législation. La prédominance du Nord dans ses conseils a fait adopter comme régime de droit commun unique le régime de communauté. Toutefois, le législateur a, sous la pression de l'opinion des provinces intéressées, admis la faculté pour tous les Français de se soumettre au régime traditionnel des Méridionaux et des Normands, et a même introduit dans son Code une réglementation de ce régime, de manière à en faire un régime légal, droit commun de ceux qui dans leur contrat de mariage opteraient pour ce régime, sauf les modifications qu'ils pourraient y apporter, comme à celui de la communauté.

Nous l'avons dit, c'est le fonds dotal surtout qui, dans ce régime, est l'objet de mesures protectrices : il est inaliénable. Ne le fût-il pas, il présente à la femme plus de garanties qu'une dot en numéraire, parce que, du moins

dans la phase moderne du régime, la femme reste propriétaire de sa dot immobilière, et a, par conséquent, un droit réel assis sur un objet solide qui lui assure la restitution ; tandis que, lorsque la dot est en argent, les deniers deviennent la propriété du mari, et la femme n'a pour reprise qu'une créance. Elle a, il est vrai, une hypothèque légale sur les biens du mari ; mais cette garantie n'est solide qu'à condition que le mari ait des immeubles et qu'ils soient suffisants. Aussi la pratique connaît-elle dès longtemps les clauses additionnelles au droit commun, tendant à l'immobilisation de la dot constituée en argent ou à la conservation de la nature immobilière de la dot constituée en fonds.

L'immobilisation de la dot constituée en argent, c'est l'emploi. La clause d'emploi était déjà pratiquée à l'époque romaine, ainsi qu'en témoigne ce passage du jurisconsulte Julien, inséré au *Digeste*, F. 21, *De pact. dot.* : *Constat posse inter virum et uxorem conveniri, ut dos quæ in pecunia numerata esset, permutetur et transferatur in corpora, quum mulieri prodest.*

La pratique de nos anciens pays de droit écrit en avait conservé l'usage, qui nous est ainsi expliqué par Rous-silhe dans son *Traité de la dot* (chap. 8), où il nous rend compte de l'état du droit à la veille de la Révolution : « Quand un mari n'a aucun bien fonds, on convient quelquefois, dans la crainte qu'il ne dissipe la dot de sa femme, qu'il ne pourra s'en faire payer qu'à la charge de l'employer en immeubles. »

C'est de cette manière que la clause d'emploi est encore fréquemment stipulée aujourd'hui.

La clause d'emploi n'est pas seulement utile parce qu'elle rend l'emploi obligatoire, mais parce qu'elle le rend possible. En effet, en principe, suivant les termes de l'article 1553 C. civ., l'immeuble acquis des deniers dotaux n'est pas dotal. Cet immeuble, acquis par le mari en son nom personnel, lui appartient, sans qu'on ait à chercher l'origine des deniers avec lesquels il le paie, deniers qui deviennent d'ailleurs sa propriété au moment où ils lui sont versés; et cette opération, étrangère à la femme, ne modifie pas la nature de sa reprise dotale, qui est toujours une créance de somme d'argent. Quel que fût à cet égard le droit de l'époque romaine, notre ancien droit s'était arrêté à cette théorie, exprimée dans la loi 12, au Code, *De jure dotium* : *Ex pecunia dotali fundus a marito tuo comparatus non tibi quæritur*. Ce fonds n'est pas dotal, c'est-à-dire d'abord qu'il n'est pas à la femme, parce que le mari n'est pas réputé avoir agi pour le compte de sa femme en disposant à son gré d'une somme dont il était propriétaire; et c'est-à-dire, en second lieu, que, le mari eût-il agi comme mandataire de sa femme, la propriété de cet immeuble n'aurait pu se substituer en qualité de reprise dotale à la créance de somme d'argent qu'avait la femme, et cela à cause du principe déjà reconnu par nos anciens auteurs de l'immutabilité de la nature de la dot : il n'en peut être autrement que si la loi du contrat a dérogé au droit com-

mun. Cette théorie ressort bien de ce que dit Roussilhe des effets de la clause d'emploi (*ibid.*, n° 182) : en principe, d'après lui, il ne s'opère pas de subrogation de l'immeuble acquis par le mari à la créance de la femme ; cette subrogation n'a lieu que si l'acquisition a été faite pour la femme, si la femme *est entrée dans la vente* pour l'accepter en représentation de ses deniers dotaux ; et encore faut-il, pour qu'il en soit ainsi, que l'emploi ait été stipulé par le contrat de mariage, sans cela cette opération changerait la nature de la dot, ce qui ne doit pas être.

C'est bien cette théorie qu'a consacrée l'article 1553 C. civ. par cette brève formule qui ne fait évidemment que se référer à des principes déjà connus : « L'immeuble acquis des deniers dotaux n'est pas dotal, si la condition de l'emploi n'a été stipulée par le contrat de mariage. » D'où il suit, soit dit en passant, que, comme autrefois, l'immeuble acquis par le mari en vertu d'une clause d'emploi ne deviendra dotal qu'à condition que la femme soit entrée dans la vente par l'acceptation ; les précédents et les principes suffisent à établir ce point, sans qu'il soit nécessaire de recourir à des articles du Code empruntés au régime de communauté et étrangers au régime dotal.

Voilà comment on assure à la femme l'immobilisation de sa dot. J'ai dit qu'une clause analogue lui assurerait la conservation du caractère immobilier de sa dot constituée en fonds. Mais le principe de l'immutabilité de la dot joint à celui de l'inaliénabilité du fonds dotal

ne suffit-il pas à cet égard? Sans doute, en règle générale. Mais les parties peuvent avoir, par dérogation au droit commun, stipulé que le fonds dotal serait aliénable. Elles ont par là renoncé à la garantie qui résulte pour la femme du caractère réel de sa reprise dotale; la femme a consenti, au cas où l'immeuble dotal serait aliéné, à n'avoir plus qu'une reprise en deniers. En pareil cas, non seulement il n'est pas de plein droit obligatoire pour les époux de remplacer l'immeuble dotal aliéné par un autre immeuble, mais ce n'est même pas possible. Sans doute on a considéré que la dérogation au principe de l'immutabilité de la dot devait être restreinte dans ses termes; en dehors de l'acte autorisé par la loi du contrat, le principe reprend son empire, et c'est à la dot devenue mobilière qu'il s'applique : il n'appartient pas aux parties de la rendre de nouveau immobilière. Le prix substitué à l'immeuble dans lequel consistait d'abord la dot, se trouve dès lors dans la situation d'une dot constituée en argent : il ne peut en être fait emploi qu'en vertu d'une clause spéciale du contrat de mariage ayant pour but de restituer, ou plutôt de conserver à la dot son caractère immobilier. Cette clause portera le nom de clause de remploi, parce qu'elle a en vue l'emploi du prix d'un fonds dotal destiné à reconstituer un autre fonds dotal.

Cette analyse, qui ne manque pas de subtilité, mais qui est nécessaire pour expliquer que la cause d'aliénabilité pure et simple du fonds dotal n'autorise pas un remploi facultatif, justifie l'usage de stipuler dans les contrats de

mariage où l'on introduit la clause de emploi, que les biens acquis en emploi seront à leur tour aliénables à charge de emploi, et ce indéfiniment : le raisonnement qu'on vient de faire permettrait des doutes à cet égard si la volonté des parties n'était pas clairement exprimée.

La clause de emploi était pratiquée dans notre ancien droit. Au dire de Roussilhe, la liberté qui présidait aux conventions matrimoniales autorisait sans nul doute les parties à stipuler l'aliénabilité du fonds dotal ; et quand elles avaient fait cette stipulation, elles pouvaient stipuler en outre qu'il serait fait emploi du prix à provenir de l'aliénation.

À côté du emploi conventionnel, nous trouvons dans le Code civil un emploi légal organisé dans des conditions analogues. Il est établi pour des cas où le fonds dotal est aliénable, non en vertu de la convention des parties, mais en vertu de dispositions légales : en ce cas, la loi, jouant le rôle de contrat tacite des époux, copie la convention si usuellement insérée dans les contrats, et impose la condition de emploi.

Je dis que cette disposition est une imitation de la clause conventionnelle de emploi : je crois cette idée exacte, attendu que le emploi légal est plus moderne que le emploi conventionnel. C'est une création du Code civil. Les cas d'aliénabilité légale du fonds dotal existaient dans notre ancien droit ; Roussilhe, notamment, les énumère ; mais ni lui ni les anciens auteurs ne mentionnent l'obligation de faire emploi des deniers provenus de l'aliénation,

ou de la partie de ces deniers non absorbée par la dépense en vue de laquelle l'aliénation a été permise. Les textes du droit romain ne parlaient pas de ce remploi, et les principes d'interprétation qu'on suivait n'y conduisaient pas. On n'admettait pas que la convention d'aliénabilité du fonds dotal impliquât pour les époux la faculté de faire remploi du prix d'aliénation en un nouveau fonds dotal : pourquoi aurait-on admis que lorsque, légalement, la dot doit être transformée d'immeuble en deniers, il faudrait la retransformer en immeuble? Seulement, témoin de la faveur dont jouissait ce système de reconstitution, le législateur a cru suivre l'intention probable des parties en le rendant obligatoire en cas d'aliénation opérée en vertu de la loi. Il a obéi à une considération toute pratique : il s'est dit que les époux qui n'avaient pas voulu se donner la faculté de transformer le fonds dotal en deniers, auraient stipulé, s'ils y avaient songé, que lorsque la loi autoriserait néanmoins ou nécessiterait cette transformation, le fonds dotal serait reconstitué, au moins avec la partie des deniers qui resterait libre à cet effet.

On a cependant élevé la prétention, à peine croyable, de ne pas voir un remploi véritable dans celui dont parle l'article 1558. Toute subrogation est de droit étroit, disait-on; or l'article 1553 n'admet la subrogation que pour l'immeuble acquis en remploi conformément aux clauses du contrat de mariage; dans le cas de l'article 1558, le contrat de mariage n'a rien stipulé; donc l'immeuble acquis pour satisfaire à la prescription d'em-

ploi imposée par la fin de cet article ne fournira qu'un emploi matériel, mais ne sera pas dotal par subrogation.

On ne peut pousser plus loin l'étroitesse du raisonnement. La prescription de la loi, en particulier dans le cas qui nous occupe, équivaut à celle du contrat de mariage. Dans les habitudes de langage des interprètes du régime dotal, dire qu'un prix sera dotal et qu'il en sera fait emploi comme tel, c'est dire qu'il sera fait un emploi dotal, ou que l'immeuble acquis sera dotal. Enfin le but de la loi est évident : conserver à la dot immobilière son caractère primitif, et pour cela mettre un immeuble dotal à la place d'un immeuble dotal. Aussi la doctrine indiquée plus haut est-elle complètement abandonnée.

Il y a des cas, non prévus par l'article 1558, où le fonds dotal se trouve forcément transformé en deniers. Comme on l'a fort bien dit, ce sont moins des cas d'exception à l'inaliénabilité des immeubles dotaux que des cas auxquels ce principe est complètement étranger. Les uns sont de véritables cas d'aliénation : expropriation pour cause d'utilité publique, acquisition par un tiers d'une servitude légale sur le fonds dotal, aliénation ayant pour objet le paiement des dettes résultant de délits de la femme. Les autres ne sont même pas des cas d'aliénation : tel est le cas de l'éviction d'un immeuble constitué à la femme en contrat de mariage, donnant lieu à une action en garantie contre le constituant; tel aussi le cas où un immeuble donné en avancement d'hoirie à la femme est rapporté à la succession du donateur et se trouve, par l'effet du par-

tage, remplacé par une somme d'argent. Dans tous ces cas, surtout dans les derniers, il semble bien logique d'admettre que l'article 1553 reprend son empire, et que le remploi dotal de la somme qui remplace l'immeuble n'est ni dû, ni possible.

Cependant la Cour de cassation a décidé le contraire pour le cas d'expropriation; cette solution s'explique par l'analogie de ce cas avec ceux que prévoit l'article 1558, et trouve un appui dans l'article 13 de la loi du 3 mai 1841, d'ailleurs fort peu catégorique à cet égard. L'arrêt de la Cour de cassation du 10 décembre 1845 (S. 46.1.161) a été rendu en matière d'enregistrement, contre l'Administration, qui refusait de reconnaître le remploi effectué comme fait en vertu de la loi, et comme bénéficiant à ce titre de l'exemption de droit établie par l'article 58 de la loi du 3 mai 1841.

En tout cas, en matière d'aliénabilité conventionnelle, il faut poser absolument en principe que le remploi n'est dû qu'en vertu d'une clause formelle. Il ne faut donc ni suppléer cette cause lorsqu'elle ne se trouve point dans le contrat de mariage, ni interpréter dans le sens d'une clause de remploi les diverses modalités qui peuvent être apposées à la faculté d'aliéner les immeubles dotaux.

Ainsi on rencontre d'abord des clauses complètement inutiles. Certains contrats de mariage stipulent que les immeubles dotaux seront aliénables, et qu'en cas d'aliénation la femme aura droit à la reprise du prix, qui sera assuré par hypothèque sur les biens du mari. Cette clause

est évidemment inutile, la reprise étant de plein droit, et l'hypothèque légale garantissant aussi de plein droit les reprises de la femme. L'inconvénient de la reproduction de ces clauses de style, c'est qu'on en vient, à certains moments, à se demander s'il ne faut pas leur chercher une utilité en leur donnant une portée plus grande que celle qu'elles comportent. Déjà, à la fin de notre ancien droit, Roussilhe reconnaissait que celle qui nous occupe n'ajoutait rien au droit commun. La même solution convient encore sous le Code civil. C'est ce qui a été décidé avec raison dans une espèce où le contrat de mariage autorisait le mari à aliéner les biens dotaux de sa femme « à la charge de l'hypothèque sur ses biens ». La Cour de Grenoble, infirmant un jugement du tribunal de Valence, a décidé avec raison que l'expression *l'hypothèque* était exclusive d'une hypothèque spéciale, et que l'expression *ses biens* indiquait qu'il s'agissait des biens que le mari pourrait avoir et non de biens qu'il serait tenu d'avoir à l'époque de la vente ; que par suite il n'y avait pas lieu d'examiner la suffisance des biens frappés par l'hypothèque légale. La Cour de cassation, par arrêt du 9 février 1859 (S. 60. 1. 872), a rejeté le pourvoi formé contre cet arrêt, en se fondant sur ce qu'il ne s'agissait que d'une interprétation de contrat, échappant à la censure de la Cour suprême. Il est à noter, toutefois, que l'affaire est allée jusqu'à la Chambre civile.

On trouve aussi diverses clauses destinées à ajouter à la garantie qui résulte pour la femme de l'hypothèque

légale, mais qui ne visent pas le remploi. Ainsi on peut stipuler qu'il sera fourni par le mari, pour recevoir les deniers dotaux, une hypothèque spéciale ou un cautionnement, ou qu'il devra justifier de la suffisance de ses biens pour assurer la reprise au moyen de l'hypothèque légale. Toutes ces clauses sont évidemment valables, et elles n'équivalent pas à celle de remploi. Parfois elles y sont adjointes à titre alternatif; on laisse au mari le choix de fournir un remploi ou l'une des sûretés que nous venons d'indiquer; le remploi est alors possible, mais il n'est pas nécessaire, pourvu qu'une autre des garanties stipulées soit fournie. Ainsi a-t-il été jugé dans un cas où le contrat de mariage portait cette clause : « La future épouse aura la faculté d'aliéner ses immeubles dotaux sous l'autorisation de son mari, qui pour en toucher le prix sera tenu de fournir un remplacement, soit sur ses biens personnels, soit en acquisition de fonds, soit au moyen d'un cautionnement. » Rouen, 15 mai 1853; pourvoi rejeté par la Cour de cassation le 23 février 1856 (S. 57. 1.26).

Il y a à cet égard deux expressions traditionnellement employées dans les anciens pays de droit écrit, ce sont celles de *reconnaître* et *d'assurer* le prix des immeubles aliénés. Ces expressions se réfèrent aux sûretés qui peuvent être fournies indépendamment du remploi, et notamment à la présentation par le mari d'immeubles libres et suffisants pour répondre de la reprise. « L'autorisation d'aliéner l'immeuble dotal avec clause de rem-

ploi, dit Benech (*De l'emploi et du remploi de la dot*, n° 77), ne peut être confondue avec la même autorisation accompagnée de l'obligation pour le mari de placer le prix en mains sûres, de *l'assurer*, ou de le reconnaître sur des biens suffisants et libres d'hypothèques. » Il n'y a pas de motif pour proscrire ces expressions, le sens en étant bien défini. Il n'est pas inutile toutefois, lorsqu'on stipule la reconnaissance du prix, d'exprimer qu'elle devra être faite sur des biens suffisants. La Cour de Montpellier, il est vrai, par arrêt du 13 mai 1832 (S. 31. 2. 212), a jugé que la simple charge de reconnaître devait être entendue en ce sens. Par le contrat de mariage, la femme avait autorisé son mari à aliéner ses biens dotaux « à la charge de la reconnaissance sur tous ses biens ». Une vente eut lieu en effet, et l'acte porta que le mari avait *reconnu le prix sur ses biens pour avoir privilège de dot*. Lorsqu'il s'agit pour la femme d'exercer ses reprises, les biens du mari se trouvèrent insuffisants par suite d'hypothèques antérieures à celle de la femme dont ils se trouvaient grevés. La femme recourut alors contre l'acquéreur, invoquant la nullité de la vente. Sa demande fut accueillie par un jugement, confirmé sur appel par la Cour de Montpellier, qui décida que la vente des biens dotaux n'avait été autorisée qu'à charge de reconnaissance, et se trouvait nulle si cette condition n'avait pas été remplie; qu'à la vérité il y avait eu une prétendue reconnaissance, mais que l'obligation de reconnaître impliquait celle de reconnaître sur des biens suffisants

pour assurer la reprise, ce qui n'avait pas eu lieu dans l'espèce. — Mais la solution inverse a été admise dans une espèce où est intervenu un arrêt de rejet de la Chambre des requêtes de la Cour de cassation, du 1^{er} août 1844 (S. 45. 1. 71), fondé sur l'interprétation souverainement donnée à la clause du contrat de mariage par la Cour d'appel. La clause, il faut le reconnaître, prêtait à une interprétation favorable aux tiers, ainsi que l'a établi M. Troplong, qui a présenté le rapport sur cette affaire à la Chambre des requêtes. La femme constituait son mari pour son « procureur légitime et irrévocable à l'effet de demander, exiger et recevoir tous lesdits droits et prétentions (dotaux), en donner acquit et décharge, et en faire enfin et disposer tout comme un mari peut et doit faire des biens dotaux de son épouse, à charge de les reconnaître et assurer ainsi que dès maintenant, comme pour lors, il les reconnaît, assigne, assure et hypothèque ». Cette clause a paru ne rien ajouter à la garantie résultant de l'hypothèque légale.

Il est extrêmement désirable qu'en cette matière comme en toute autre, les notaires, se plaçant en face des principes du droit, formulent une clause simple et nette, prêtant le moins possible à interprétation, et évitent de surcharger leur rédaction de mots dont l'abondance est ordinairement en raison inverse de la précision des idées : témoin celle que nous venons de rapporter en dernier lieu, à titre de document. Les principes, quels sont-ils ? Que lorsque des biens dotaux ont été stipulés aliénables,

la seule garantie de la femme pour la reprise du prix est son hypothèque légale. Pour améliorer cette garantie ou en ajouter d'autres, il faut stipuler :

Ou que le mari reconnaitra le prix provenu de l'aliénation sur des biens libres et suffisants, c'est-à-dire qu'il justifiera de l'assiette de l'hypothèque légale sur des biens dont la valeur suffise à assurer le remboursement de ce prix, et ne soit pas absorbée par d'autres hypothèques primant l'hypothèque légale de la femme ;

Ou qu'il fournira une hypothèque spéciale, en désignant bien entendu un immeuble d'une valeur libre suffisante ;

Ou qu'il fournira une caution solvable ;

Ou qu'il sera fait emploi du prix ;

Ou que le mari aura le choix de fournir l'une ou l'autre de ces garanties.

Ces diverses garanties ainsi stipulées, notamment celle de l'emploi ou du remploi, qui fait l'objet direct de cette étude, ont un caractère de nécessité ; et ce sont les conséquences de ce caractère que nous aurons à examiner dans la suite. De ce caractère de nécessité découlent des obligations pour diverses personnes, et en outre, quand il s'agit de la garantie du prix d'un immeuble aliéné, l'aliénation ayant été permise en vue de cette garantie, il peut y avoir nullité de l'aliénation.

Nous verrons :

1° De quelles actions peut être tenu le mari, soit pendant le mariage, avant ou après la séparation de biens, soit après la dissolution du mariage ; et, récipro-

quement, quels droits lui sont donnés à l'égard de sa femme ;

2° De quelles actions peuvent être tenus les tiers détenteurs de deniers sujets à emploi ou d'immeubles aliénés à charge de remploi, pendant les mêmes périodes, et réciproquement quels moyens leur sont offerts pour mettre à couvert, soit leur responsabilité personnelle, soit la validité de leur acquisition.

Mais avant d'entamer ce sujet, déterminons un nouvel élément qui viendra se mêler à notre étude concurremment à ceux que nous connaissons déjà.

Le régime de la dot, dont nous nous sommes occupés jusqu'à présent, n'est pas traditionnel dans toute la France, et, depuis le Code civil, ne constitue même nulle part légalement le droit commun. La question de l'emploi et du remploi obligatoire est-elle étrangère au régime de droit commun ?

Les coutumes développées anciennement dans la généralité des provinces du nord de la France ont admis le principe, entièrement inconnu au droit romain, d'une communauté de biens entre les époux. Toutefois, on n'a pas admis ordinairement que cette communauté s'étendît à l'universalité des biens des époux, et l'idée qui paraît avoir présidé à la limitation de la communauté, c'est la réserve faite à chacun des époux des biens qu'il possédait avant le mariage, le partage ne devant s'appliquer qu'aux gains et économies faites en commun. Encore

n'avait-on pas éprouvé le besoin d'assurer rigoureusement aux époux, de droit commun, la reprise de tous leurs biens antérieurs au mariage; on avait limité cette reprise aux seuls immeubles, considérés comme formant la seule partie importante de la fortune et ayant l'avantage de donner une base simple à la reprise, qui était alors une reprise en nature, chaque époux conservant la propriété des immeubles à lui appartenant lors du mariage. Mais ce mode de détermination des propres conduisait à ce résultat, que lorsqu'un bien propre était vendu, les deniers provenant de la vente, étant mobiliers, tombaient dans la communauté, de sorte que l'époux dont le bien avait été vendu se trouvait privé de la valeur qu'il avait voulu se réserver propre. L'économie du régime matrimonial se trouvait ainsi troublée. Une considération venait en outre aggraver les reproches qu'encourait ce résultat. Dans beaucoup de coutumes s'était introduite la prohibition des avantages entre époux pendant le mariage. Or la mise en communauté du prix d'un immeuble propre contenait évidemment un avantage indirect, puisque lors du partage de la communauté le prix de l'immeuble qui était propre à l'un des époux devait se trouver partagé entre les deux. Il est donc tout naturel qu'on ait cherché à empêcher cet accroissement de la communauté aux dépens des patrimoines propres des époux. Pour cela, on n'a pas imaginé d'empêcher la vente des biens propres, ni, par dérogation formelle aux principes, de considérer comme propres à l'époux dont le bien aurait été aliéné

les deniers provenant de la vente, qui devaient forcément seconfondre dans la caisse commune; mais on a imaginé le remploi.

La pratique a fait les premiers pas; c'est le cas ordinaire des réformes vraiment solides. Elle a adopté le procédé de stipuler, dans l'acte de vente d'un propre, qu'il serait fait remploi du prix au profit de l'époux auquel ce bien appartenait. Remploi, c'est-à-dire emploi des deniers pour reconstituer un propre, remplacement du propre aliéné par un autre. La vente du propre n'était plus ainsi qu'un accident qui ne devait pas modifier définitivement l'équilibre des patrimoines respectifs des époux; le prix devait être employé à remplacer le propre aliéné par un autre propre équivalent. Puis, au lieu d'attendre chaque aliénation pour stipuler le remploi dans l'acte de vente, on a commencé à insérer dans les contrats de mariage une clause portant qu'il serait fait remploi des propres des époux qui seraient aliénés.

La doctrine, représentée surtout par Dumoulin, vint ensuite justifier cette stipulation, et la présenta comme tellement bien fondée, et comme répondant si bien à des besoins réels, qu'il faudrait la sous-entendre, comme répondant à l'intention présumée des époux, lorsqu'elle n'aurait pas été faite. Cette théorie prend surtout de la force quand il s'agit de la vente des propres de la femme, qui subit l'influence de son mari, lui laisse toute la direction des affaires, et ne sait pas ou ne veut pas prendre des précautions contre lui. Elle n'eut plus besoin, dans

la nouvelle théorie, de stipuler le remploi; elle put y prétendre de plein droit.

Cette théorie réussit dans l'opinion, si bien que la seconde rédaction de la Coutume de Paris la consacra. D'ailleurs, bien qu'il y ait des raisons spéciales de la faire prévaloir en ce qui concerne la femme, elle fut reçue et consacrée également pour le remploi des propres des deux époux.

La femme a donc droit au remploi. Mais de quelle manière? Le remploi effectif, le remplacement d'un immeuble propre par un autre, paraît bien avoir été la première idée de la pratique, le mot même de remploi le montre. Mais l'essentiel était d'assurer à la femme une reprise; et si à la dissolution du mariage le remploi n'avait pas été effectué, il devenait inutile d'acquérir pour la femme un immeuble, ses biens n'étant plus soumis à l'administration du mari et la communauté n'existant plus; il suffisait qu'on lui donnât, sous une forme quelconque, un équivalent, qu'elle retrouvât par exemple en deniers le montant du prix de la vente. On admit donc qu'il était suffisamment satisfait à la stipulation du remploi par une reprise en deniers, et le mot de remploi prit alors le sens général de remplacement ou de reprise; on distingua le remploi actuel, consistant dans l'opération proprement dite du remploi, et l'action de remploi, qui n'est autre chose que l'action en reprise.

La femme, d'ailleurs, à défaut de remploi actuel, exerce au besoin sa reprise sur les biens du mari, en cas

d'insuffisance des biens de la communauté. Cette circonstance n'autorise pas à dire qu'il était dû à la femme un emploi actuel; seulement le mari est garant de la solvabilité de la communauté débitrice de la reprise. M. Troplong remarque que c'est là une véritable faveur faite à la femme. Il est certain qu'il y a là quelque chose de plus que la faculté accordée à la femme de renoncer à la communauté, car c'est même en acceptant la communauté que la femme peut recourir contre son mari, et se soustraire ainsi aux conséquences de l'insolvabilité de la communauté. Il y a là une idée de faute du mari, de responsabilité, dit M. Troplong, et il cite à cet égard Renusson. Admettons cette idée, mais remarquons qu'en tout cas ce n'est pas dans le simple fait de n'avoir pas fait de emploi actuel qu'on peut trouver une faute. Cela résulte de ce que nous avons dit plus haut et des motifs que donne Renusson, dans le passage auquel se réfère M. Troplong, pour que le mari soit garant du emploi. Dans son explication on peut distinguer trois motifs : 1° le mari est maître de la communauté, et peut la dissiper; 2° les deniers provenant de la vente des propres sont assimilables aux deniers dotaux, que le mari, en droit romain, ne reçoit qu'à la charge de les rendre; 3° le emploi est une dette de la communauté, or le mari est tenu sur ses biens propres de toutes les dettes qu'il a contractées pendant le cours de la communauté. Celui de ces trois motifs qui éveille le plus l'idée de faute, c'est le second, puisqu'il rend le mari directement res-

pensable ; or c'est précisément le moins bon, car il fait allusion au droit romain qui est étranger à la question. C'est plutôt la communauté que le mari qui reçoit les deniers ; aussi ce motif n'a de valeur que par son rapprochement avec le troisième. Les vrais motifs, ce sont le premier et le troisième : le troisième qui n'est qu'une forme de l'énonciation de ce principe que *toute dette de communauté est dette du mari*, et le premier qui est la raison de ce principe. Ainsi l'exercice de la reprise du prix sur les biens du mari en cas d'insuffisance de ceux de la communauté découle naturellement des règles du régime de communauté. La femme est créancière de la communauté, elle l'est donc du mari. Que d'ailleurs elle soit créancière de la communauté alors même qu'elle l'accepte, cela est de l'essence du remploi ; c'est en cela même que consiste son droit à la reprise.

En définitive, le droit au remploi consacré par la coutume n'était pas autre chose que le droit à une reprise. Ce droit continua à être stipulé dans les contrats de mariage après qu'il eut été consacré par la rédaction de la Coutume ; il fut naturel de ne pas attacher pour cela à la clause un autre sens que celui qu'elle avait toujours eu ; elle n'opère pas plus, dit Ferrière, que la disposition de la Coutume.

Bien que, dans les articles 1434 et 1435, le Code civil ait employé nettement le mot de *remploi* dans le sens de remploi actuel, et qu'il donne le nom de reprise à la créance résultant pour la femme de la vente de ses pro-

pres, les anciennes habitudes de langage ont subsisté pendant la première moitié de ce siècle; vers 1850, Troplong, notamment, employait encore le mot de *remploi* dans le sens de reprise résultant de l'aliénation des propres. Une meilleure terminologie a prévalu aujourd'hui; le mot *remploi* a repris son sens originaire de remplacement d'un immeuble par un autre qui se trouve dans les mêmes conditions que le premier; cela est préférable, parce qu'on est moins exposé à confondre des choses différentes. Le Code civil a pu contribuer à faire prévaloir cette terminologie.

En tout cas, le Code civil a nettement établi le principe de la reprise et le caractère facultatif du *remploi*, conformément à ce qui existait auparavant. La situation légale n'étant pas changée, il est naturel de ne pas supposer non plus de changement dans la portée de la clause traditionnelle quand elle est encore insérée dans les contrats de mariage.

En dehors du besoin d'assurer la conservation de la fortune propre des époux, on a éprouvé celui de lui donner une autre assiette que celle que la Coutume lui attribuait, et d'exclure de la communauté tout ou partie de leur fortune mobilière antérieure au mariage. De même que la clause de *remploi* avait servi à assurer la reprise du prix d'un propre aliéné, la clause d'*emploi* servit à assurer la reprise de deniers possédés par l'un ou l'autre des époux antérieurement au mariage ou lui provenant de successions ou de donations. Ces deniers devaient être

employés en acquisition d'immeubles propres ; et, si cet emploi n'avait pas lieu, une reprise devait être exercée, à la dissolution de la communauté, comme au cas d'aliénation d'un propre. On eut d'ailleurs recours aussi à la clause de réalisation expresse, mais on continua à considérer la clause d'emploi comme valant réalisation tacite, et comme n'ayant pas d'autre portée et n'étant pas plus impérative, au point de vue de l'emploi effectif, que la clause de remploi (Pothier, *Traité de la Communauté*, n^{os} 316, 327).

A la différence de la reprise du prix du propre aliéné, la reprise de l'apport mobilier n'est jamais arrivée à être de plein droit dans les anciennes Coutumes et elle n'a pas davantage acquis ce caractère dans le Code civil. Il est donc naturel, encore plus que pour la clause de remploi, de considérer encore aujourd'hui la clause d'emploi comme opérant simplement réalisation tacite, et comme ne créant pas au profit de l'époux en faveur duquel elle est stipulée, un droit positif à la transformation en immeuble de son apport mobilier.

Ainsi l'emploi et le remploi, dans les Coutumes du Nord, n'ont été introduits qu'en vue de créer le droit à une reprise qui n'existait pas de plein droit ; ils ont lieu au profit de l'un comme de l'autre des époux ; ils sont facultativement réalisables, qu'ils aient été ou non stipulés ; et la clause d'emploi ou de remploi conservée par habitude n'ajoute rien aux dispositions du droit commun ; voilà le principe conservé jusqu'à nos jours.

Mais ne peut-on concevoir, sous le régime de la communauté, un emploi et un remploi impérativement stipulés, comme sous le régime dotal, du moins en ce qui concerne la femme, à l'effet de garantir l'exercice de sa reprise contre l'insolvabilité éventuelle du mari?

L'idée d'une pareille clause s'était déjà fait jour dans l'ancien droit. Mais, comme il en serait résulté une certaine atteinte à la liberté traditionnelle d'administration du mari, cette idée ne paraissait pas réalisable, et on ne voyait toujours dans les clauses d'emploi ou de remploi que des clauses de reprise. On essaya pourtant, au moins pour le remploi, de le rendre indirectement obligatoire au moyen de clauses pénales, telles que celle dont nous parle Brodeau, qui consistait à faire exercer la reprise de la femme sur la part du mari dans la communauté, et non sur la masse des biens communs, dans le cas où le remploi n'aurait pas été effectué avant la dissolution du mariage. Cette clause n'allait pas évidemment jusqu'à donner à la femme, au cours du mariage, une action contre le mari pour faire effectuer le remploi, mais elle était de nature à inciter le mari, dans son intérêt personnel, à effectuer le remploi avant la dissolution de l'union conjugale. Il n'est pas certain d'ailleurs que la validité de cette clause ait été admise.

Le Code civil a créé à cet égard une situation nouvelle. Il proclame en effet formellement la liberté des conventions matrimoniales, dont l'idée existait bien en général auparavant, mais qui prend dans la nouvelle

législation un caractère plus étendu, par le fait de la coexistence dans la loi même de deux régimes d'origine et de principes différents. La liberté des conventions matrimoniales ne s'entend donc pas seulement de simples modifications au régime de droit commun; elle va au moins jusqu'à l'adoption du régime légal dont les principes lui sont le plus étrangers, et elle comporte aussi l'association de ce régime à celui du droit commun, en tant que cette association ne renferme pas contradiction; elle comporte enfin tous les degrés intermédiaires entre le régime de droit commun et le régime issu du droit écrit. Le fait même n'a pas été sans subir l'influence de la loi; les deux régimes coexistent aujourd'hui côte à côte, même en fait, dans les diverses parties de la France; rien n'empêche de les allier et de se placer entre les deux. Cette modification de situation au point de vue de la question de droit réagit même sur la question d'interprétation des clauses des contrats de mariage; la possibilité de faire des emprunts au régime dotal permet de supposer plus facilement que les parties ont entendu formuler une clause impérative, surtout quand il s'agit de la clause de remploi, qui en principe est inutile, ne faisant que rappeler ce qui est de droit, et à laquelle on a pu vouloir donner une utilité en la transformant en clause impérative.

Néanmoins l'influence de la tradition du régime de communauté a empêché d'admettre sans contestation, dès l'apparition du Code civil, la possibilité d'une clause

impérative de remploi sous ce régime et les obligations qui en résultent. Troplong, qui écrivait au milieu du siècle, l'admet encore avec peine ; pour lui, si la clause de remploi peut parfois s'entendre, sous le régime de communauté, d'un remploi actuel, elle est, même en ce cas, *plus indicative qu'impérative* ; elle laisse le mari entièrement libre du moment où il entend faire l'achat en remploi ; elle ne donne pas à la femme le droit d'exiger, au cours de la communauté, que le remploi soit effectué. Il appuie son opinion d'un arrêt de la Cour de Paris, du 5 août 1847, et d'un arrêt de la Chambre des requêtes de la Cour de cassation, du 1^{er} février 1848, qui a rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour de Paris. (S. 48. 1. 149.) Le contrat de mariage portait : « Si, pendant le mariage, il est aliéné des biens propres à l'un ou à l'autre des futurs époux, il sera fait remploi des deniers qui en proviendront... Et si, lors de la dissolution de la communauté, les remplois ne se trouvent pas opérés..., les deniers nécessaires pour les faire seront prélevés sur les biens de la communauté, etc... » Dans cette espèce, il était tout naturel de ne voir que l'ancienne clause de remploi, qui n'ajoute rien au remploi légal ; il s'agissait à la fois des biens des deux époux, et le remploi impératif ne se comprend que pour les biens de la femme ; et on stipulait simplement, à défaut de remploi effectué avant la dissolution de la communauté, la reprise de droit, ce qui donnait à entendre que l'exécution du remploi au cours de la communauté était facultative. La déci-

sion de la Cour de Paris n'est donc pas sujette à critique en elle-même; on peut seulement trouver que dans ses motifs elle ne répond pas à la prétention élevée par la femme, que la clause de son contrat lui donnait le droit d'exiger un emploi actuel; et la Cour de cassation a dit un peu gratuitement que la Cour de Paris avait souverainement constaté « que les époux, par leur contrat de mariage, n'avaient pas dérogé aux règles générales de la communauté en ce qui concernait le emploi », car cette constatation n'est point exprimée dans les motifs de l'arrêt de la Cour de Paris. En tout cas, ces arrêts ne justifient pas l'opinion de Troplong à l'égard d'une clause de emploi conçue en des termes plus impératifs.

Aussi bien, quelques années avant, deux arrêts, rendus par les Cours de Lyon (31 mars 1840, S. 40. 2. 323) et de Caen (21 février 1845, S. 45. 2. 553), avaient admis, sous le régime de communauté, l'obligation du emploi actuel stipulé dans le contrat de mariage. On peut remarquer que ces arrêts sont rendus par des Cours de pays où le régime dotal était en usage avant le Code civil, et où par conséquent l'influence des Coutumes n'entravait pas l'interprétation large du droit nouveau. Voici quelle était la clause du contrat dans l'espèce jugée par la Cour de Caen : « Les immeubles de la future pourront être vendus ou échangés de son consentement, mais au moyen d'un bon et valable remplacement en immeubles dûment accepté par elle. » Ces arrêts ont même admis la révocation de l'aliénation consentie sans emploi, au mépris

de la clause du contrat de mariage. Ici c'était peut-être l'influence des traditions du régime dotal qui était excessive. Il paraît, en effet juste d'admettre que le remploi stipulé, même en termes impératifs, sous le régime de communauté, n'entraîne pas nécessairement une conséquence aussi grave, que cette clause doit s'interpréter restrictivement, parce qu'elle n'est pas sous l'influence du principe de l'inaliénabilité qui existe au contraire sous le régime dotal.

C'est ici le lieu de distinguer les divers degrés principaux que peut affecter la clause impérative de remploi sous le régime de la communauté.

Le remploi facultatif, comme la reprise à laquelle il supplée, ne concerne, de droit commun, que les rapports des époux entre eux. La clause impérative de remploi peut se renfermer dans ce même rapport, et doit y être présumée renfermée, à moins d'indication contraire, toute clause exceptionnelle s'interprétant restrictivement. Le mari alors, au lieu d'être simplement garant de la solvabilité de la communauté à l'époque de sa dissolution, devient personnellement obligé, et cela du jour de la vente, à faire un remploi actuel ; voilà tout l'effet de la clause à ce premier degré.

On peut étendre l'effet de la clause aux tiers acquéreurs de biens vendus à charge de remploi, ou débiteurs de deniers sujets à emploi. Les conventions matrimoniales sont opposables aux tiers qui traitent avec les époux ; au surplus, la loi, admettant formellement le régime dotal,

admet par là la stipulation de toute clause qu'on peut considérer comme y étant empruntée. On peut donc imposer la charge d'emploi ou de remploi comme condition de la valable libération des tiers payants, sans d'ailleurs aller plus loin et porter atteinte à l'aliénabilité des immeubles.

Faisant un pas de plus, on peut stipuler que les immeubles ne pourront être aliénés qu'à charge de remploi ; on fait alors de cette clause une condition de l'aliénabilité, *erga omnes*. Alors les tiers pourront non seulement être recherchés pour un paiement irrégulier, mais même être sujets à l'action révocatoire de l'aliénation, si la condition n'a pas été remplie, les immeubles devant en ce cas être considérés comme inaliénables. Cette situation est extrêmement voisine du régime dotal, et pourtant il faut bien noter que les immeubles, objets d'une pareille clause, ne doivent pas être considérés comme dotaux dans le sens du régime issu du droit romain. Ils n'ont de commun avec les immeubles dotaux que le point, très important d'ailleurs, visé par la clause ; mais rien ne les empêche d'être engagés par les obligations de la femme et même d'être hypothéqués, la femme n'ayant consenti la modification de sa capacité qu'au point de vue de l'aliénation proprement dite. Cass., 29 décembre 1844 (S. 42. 1. 5), 23 août 1847 (S. 47. 1. 657) et 13 février 1850 (S. 50. 1. 353, 354).

On peut d'ailleurs aussi, après avoir stipulé en principe le régime de communauté, soumettre au régime dotal et constituer en dot à ce titre tout ou partie des immeubles

propres de la femme ; on rentre alors absolument, en ce qui concerne ces biens, dans l'hypothèse du régime dotal.

Ainsi l'obligation d'emploi ou de remploi est exceptionnelle sous le régime de communauté, et comporte différents degrés. Il sera donc naturel, dans les développements qui vont suivre, de prendre pour point de départ le régime dotal, où l'obligation de remploi a les effets les plus pleins, et d'examiner accessoirement dans quels cas et dans quelle mesure les mêmes effets devront être attribués aux clauses stipulées sous le régime de communauté.

CHAPITRE II

SANCTION DE L'OBLIGATION D'EMPLOI OU DE REMploi DANS LES RAPPORTS DU MARI ET DE LA FEMME ENTRE EUX.

La première personne obligée par l'effet de la clause impérative d'emploi ou de remploi, dont nous ayons à envisager la situation, c'est le mari.

A quel titre doit-on considérer le mari comme obligé par la cause d'emploi ? Plaçons-nous en dehors du cas où la clause est conçue dans une forme telle, qu'elle se présente comme une charge imposée au mari. Envisageons la clause en elle-même, supposons-la réduite à sa forme la plus vague, et cela d'abord dans l'hypothèse du régime dotal. Supposons par exemple qu'il ait été dit : « La future épouse se constitue en dot une somme de..... qu'elle possède en espèces, et dont il sera fait emploi à son profit en immeubles libres d'hypothèques. » Ou bien : « Les immeubles dotaux de la future épouse pourront être aliénés pendant le mariage, à la charge d'un remploi en

immeubles. » Ces clauses impersonnelles, qu'on peut considérer comme un peu vagues et par là même imparfaites, étant données, doit-on considérer le mari comme obligé personnellement à faire l'emploi ou le remploi ?

L'emploi s'opère par une acquisition faite au profit de la femme. Or il n'appartient pas au mari, en principe, de faire des acquisitions au profit de la femme. Lorsqu'il acquiert, il est présumé, comme toute personne, acquérir pour lui; si le contrat ne contient aucune déclaration contraire. Que s'il a déclaré acquérir pour le compte de sa femme, il n'en faut pas conclure que la femme devient propriétaire. Il n'est pas, en effet, de plein droit, mandataire de sa femme à l'effet d'acquérir : c'est sur cette idée que se fonde le principe traditionnel de la nécessité de l'acceptation de la femme pour l'efficacité de l'emploi. Les pouvoirs d'administration qu'il a sur les biens dotaux ne sont pas réputés comporter la faculté d'acquérir avec les derniers dotaux des immeubles ou autres biens pour le compte de la femme. L'acquisition qu'il fait en déclarant la faire pour le compte de la femme n'est qu'un acte de gestion d'affaires, qui ne peut rendre la femme propriétaire que par la ratification de celle-ci.

Telle est l'idée traditionnelle des pouvoirs d'administration du mari. La règle de l'immutabilité de la dot, s'y ajoutant, rend, en principe, l'emploi dotal impossible, même par la femme autorisée de son mari ou par les deux époux agissant conjointement. La cause d'emploi lève cette impossibilité, mais ne modifie pas les pouvoirs d'ad-

ministration du mari. Elle n'est pas relative à l'administration de la dot, mais à sa constitution. Elle a pour but de constituer une dot de nature immobilière sans l'asseoir, soit actuellement, soit définitivement, sur un immeuble déterminé. Dans le cas de l'emploi simple, elle a en vue l'acquisition d'un immeuble sur lequel sera réputée porter la constitution. Dans le cas du remploi, elle autorise le remplacement de l'immeuble primitivement constitué par un autre, sur lequel se reportera la constitution. Il s'agit donc d'un acte complémentaire de la constitution de dot acte *sui generis*, qui ne rentre pas de plein droit dans les pouvoirs d'administration du mari. Il semble donc en principe que ce soit par la femme qu'il puisse être le plus naturellement fait, car c'est la femme qui se constitue une dot ; quand elle lui est constituée par un tiers, c'est qu'en réalité une chose lui est donnée à charge de se la constituer en dot, et c'est elle qui se la constitue. L'intervention du mari ne paraît être requise que pour autoriser la femme, et semble pouvoir être suppléée par l'autorisation de justice. On ne voit donc pas paraître jusqu'ici le fondement d'une obligation du mari, qui semble, en négociant un emploi et en le proposant à la femme, maîtresse de l'accepter ou de le refuser, ne faire qu'un acte de gestion d'affaires absolument volontaire de sa part.

Mais le mari n'est pas seulement administrateur de la dot. Il en a aussi la jouissance. Or la clause d'emploi modifie évidemment son droit de jouissance, par le fait même qu'elle modifie la constitution de dot. On ne jouit

pas d'un immeuble comme d'une somme d'argent. L'immeuble est susceptible d'un droit d'usufruit distinct de la propriété, dont il est un démembrement. La somme d'argent n'est susceptible que d'un quasi-usufruit, qui rend en réalité le quasi-usufruitier propriétaire, à la charge de restituer pareille somme à la fin de sa jouissance. Ces deux situations existent pour le mari dotal, et lorsque la dot consiste en une somme d'argent, il a droit de la toucher personnellement et en devient propriétaire. Or, cette faculté se trouve modifiée en ce qui concerne la somme constituée avec clause d'emploi, ou le prix de l'immeuble dotal déclaré aliénable avec clause de remploi. Alors cette somme ou ce prix ne sont pas censés constitués en dot, ils ne sont dotaux que provisoirement, et le droit de jouissance du mari ne s'exerce pas sur eux d'après leur nature, car c'est sur un immeuble qu'il doit porter en réalité.

Si malgré cela le mari a touché la somme ou le prix, il devient évidemment propriétaire des deniers versés dans sa caisse, tout comme celui qui a reçu un paiement indu. Mais, de même que celui qui a reçu un paiement indu a contracté par là l'obligation de restituer, le mari qui ne devait entrer en possession que d'un immeuble et qui a touché une somme d'argent s'est par là personnellement obligé à transformer cette somme d'argent en immeuble au moyen d'une acquisition formant emploi dotal. De ce moment donc, son obligation n'est pas douteuse.

Cela établi, il est à remarquer qu'on peut concevoir la clause d'emploi ou de remploi avec deux portées dis-

tinctes. On peut la concevoir stipulée simplement à titre de charge de la jouissance du mari, comme condition apposée à la faculté qui lui appartient de recevoir les deniers dotaux; alors, bien entendu, elle l'oblige, mais seulement conditionnellement, s'il veut toucher les deniers; il n'est point obligé d'ailleurs de les toucher; la dot est, en principe, mobilière, soit depuis l'origine, soit depuis l'aliénation de l'immeuble faite en vertu de la permission du contrat de mariage, et elle restera mobilière tant qu'il conviendra au mari, en sa qualité d'administrateur, de la laisser entre les mains du constituant ou de l'acquéreur, et d'en jouir en se bornant à percevoir les intérêts dont elle peut être productive. Ou bien on peut concevoir la clause comme ayant dans l'intention des parties une portée plus pleine, celle que nous avons d'abord envisagée; comme modifiant la constitution de dot elle-même ou l'aliénabilité stipulée de l'immeuble dotal; alors il est dans l'intention des parties que la somme constituée en dot soit employée ou le prix de l'immeuble aliéné réemployé, sans qu'il dépende du mari d'empêcher cet emploi en s'abstenant de toucher la somme; mais alors la dot n'étant pas censée mobilière, étant seulement représentée provisoirement par une valeur mobilière, il semble que le mari n'aurait pas en principe le droit de la toucher, et on ne voit pas le fondement d'une obligation pour lui de procurer l'emploi ou le remploi, par la bonne raison que cet emploi ou ce remploi semblerait devoir être normalement l'œuvre de la femme plutôt que la sienne.

Cette théorie admise en principe, la clause, entendue suivant sa portée la plus forte, devrait néanmoins imposer au mari l'obligation de procurer l'emploi, si elle était modifiée en ce sens par le contrat de mariage, car en pareille matière on ne peut poser que des règles de principe, et la liberté des contractants reste entière. Cette modification aurait lieu s'il était dit formellement que le mari sera chargé de procurer l'emploi ou le remploi, que le contrat lui fixe d'ailleurs ou non un délai pour satisfaire à cette obligation. Il y aurait là alors, de par la volonté des parties, une extension des pouvoirs d'administration du mari au delà de ce qu'ils comportent normalement. Pareille modification aurait lieu encore si le contrat de mariage, ce qui est assez fréquent, donnait pouvoir au mari d'aliéner seul les immeubles dotaux de la femme, à charge de remploi. Il y a là un mandat d'où découlent pour le mari des pouvoirs supérieurs à ses pouvoirs ordinaires d'administration et même aux pouvoirs de tout administrateur en général, puisqu'ils comprennent la faculté d'aliéner ; mais cette faculté est limitée par une condition qui, évidemment, si le mari use de son pouvoir d'aliéner, lui impose personnellement une obligation corrélative, celle de faire le remploi.

De cette théorie résultent pour la femme, à l'effet d'obtenir l'exécution de la clause d'emploi ou de remploi, les moyens suivants :

1° Si la clause affecte la constitution même de la dot ou l'aliénabilité stipulée du fonds dotal, sans que d'ailleurs

il en résulte pour le mari des pouvoirs différents de ceux que lui donne le droit commun : opérer elle-même le remploi, et, si elle n'obtient pas de son mari l'autorisation nécessaire, la demander à la justice.

2° La clause étant entendue avec la même portée, si le mari est expressément chargé de faire l'emploi ou le remploi, ou si cette charge résulte de ce qu'il est mandataire à l'effet d'aliéner le fonds dotal : mise en demeure du mari d'effectuer l'emploi ou le remploi et action à l'effet de l'y contraindre, soit à l'expiration du délai s'il en a été fixé un, soit, dans le cas contraire, lorsqu'un temps moralement suffisant s'est écoulé. Dans les deux cas, le juge pourra assigner au mari un délai, soit pour suppléer au défaut de fixation, soit à titre de délai de grâce, pour exécuter son obligation; et, pour le cas où ce délai se passerait sans qu'il y fût satisfait, autoriser la femme à effectuer elle-même l'emploi, conformément à l'article 1144 du Code civil, d'après lequel le créancier peut être autorisé à exécuter lui-même l'obligation de faire que le débiteur n'exécute pas, pourvu bien entendu que ce mode d'exécution soit possible. Il est à remarquer que cette possibilité existe au plus haut degré quand l'acte à exécuter est, comme dans le cas qui nous occupe, un fait juridique que le débiteur ne devait accomplir que comme mandataire du créancier.

3° Enfin, si la clause d'emploi ou de remploi n'est relative qu'au pouvoir du mari de toucher les sommes sujettes à emploi; si la dot est en principe mobilière, soit origi-

nairement, soit par suite de l'aliénation d'un immeuble, sauf la faculté pour le mari de la rendre immobilière, et l'obligation pour lui de le faire s'il veut toucher la somme du constituant ou de l'acquéreur : alors, dans cette hypothèse qui est celle de la moindre portée de la clause, la femme aura les moyens suivants, qu'elle aura aussi *a fortiori* dans le cas de la plus forte portée de la clause. D'abord elle pourra empêcher que le mari ne touche les sommes sujettes à emploi, s'il n'offre pas un emploi, et, pour cela, faire défense par acte extrajudiciaire aux détenteurs des deniers dotaux de s'en dessaisir, et intervenir, dans le même but, dans les actions intentées contre eux par le mari pour les faire payer. Ensuite, si le mari a reçu les fonds, agir contre lui comme il a été dit plus haut à l'effet d'obtenir qu'il fasse emploi ou de se faire autoriser à le faire elle-même ; car, en touchant les fonds, qu'il n'était pas d'ailleurs obligé de toucher, le mari a réalisé la condition sous laquelle il était tenu de procurer un emploi, et il se trouve dans la situation de celui qui a reçu mandat à cet effet par le contrat de mariage.

Quant à cette distinction des deux portées de la clause, qui est à la base de la théorie que j'expose, on la fera évidemment par l'interprétation du contrat de mariage ; mais quand il s'agit de clauses aussi usuelles, que les parties adoptent sans toujours s'en rendre compte d'une façon complète, il n'est pas bon de se borner à poser le principe de l'interprétation ; il faut donner une *interprétation normale*, qui devra être suivie sauf dérogation évidente.

Quelle sera cette interprétation normale? La clause sera-t-elle censée, en principe, avoir sa portée la plus étendue ou la plus restreinte? A se tenir uniquement aux principes généraux du droit, on pourrait dire qu'en cas de doute il faut décider dans le sens le moins onéreux pour le débiteur, ou dans le sens qui emporte la moindre dérogation du droit commun. Mais le vrai principe d'interprétation d'une clause usuelle paraît être plutôt de s'attacher à la portée que lui assignent l'usage et le besoin pratique qui l'a fait introduire. Cette considération paraît conduire à décider différemment pour la clause d'emploi et pour la clause de remploi qui, malgré leur proche parenté juridique, répondent à des idées différentes. L'emploi a moins pour but d'assurer *hic et nunc* à la femme les avantages d'une dot immobilière (car alors on pourrait bien lui donner un immeuble, au besoin en acheter un pour le lui donner), que de prévenir la mauvaise administration du mari : on n'entend pas, en stipulant l'emploi, obliger le mari à se faire payer sans retard la somme constituée en dot ; on veut seulement qu'il ne puisse la recevoir sans en faire emploi ; c'est la clause dans sa portée restreinte. Le remploi, au contraire, ne doit pas être séparé de la clause d'aliénabilité dont il forme une modification restrictive : il a pour but, tout en permettant l'aliénation d'un immeuble si les circonstances la rendent avantageuse, de maintenir le caractère immobilier qu'a eu la dot lors de sa constitution : la clause de remploi n'est pas une simple clause d'emploi

du prix de l'immeuble aliéné, elle est avant tout une clause de remplacement de cet immeuble. Elle a donc en principe la portée étendue. Ces interprétations normales devront, bien entendu, être abandonnées en présence d'une intention contraire résultant clairement du contrat de mariage.

La théorie exposée depuis le commencement de ce chapitre n'est pas admise par tout le monde.

D'abord les auteurs ne paraissent pas supposer que la femme puisse se faire autoriser par justice à faire le remploi (c'est plutôt pour le remploi que pour l'emploi que le cas se présente), s'il n'a été préalablement fixé au mari un délai dans lequel il devra effectuer lui-même cette opération. Cependant je ne crois pas qu'il soit contesté, en général, que l'acquisition en remploi puisse être faite par la femme autorisée du mari. Il semble même que ce procédé, à moins de mandat donné au mari, est le plus normal; lorsque le mari a fait lui-même l'acquisition sans le concours de la femme, il faut, pour que le remploi soit effectué, que la femme entre dans la vente, *ex post facto*, par l'acceptation, ce qui n'est pas nécessaire si elle y est entrée dès l'origine en stipulant elle-même. Or si la femme peut régulièrement faire elle-même le remploi avec l'autorisation de son mari, pourquoi ne pourrait-elle pas le faire avec l'autorisation de justice, sans qu'il soit nécessaire que le mari, qui n'en est pas normalement chargé, soit en demeure de le faire ?

Un arrêt de la Cour de Caen, du 2 août 1851 (S. 52. 2. 182), contient le dispositif suivant : « La Cour.... Par ces motifs, dit que le sieur d'A... donnera à la dame son épouse, dans le délai d'un an à partir de ce jour, un emploi en immeubles, remplissant les conditions nécessaires, d'une valeur de 48,600 francs, et, faute de ce faire, autorise la dame d'A... d'en employer le prix, dont l'importance est de 48,600 francs. » Il ne semble pas que, dans l'espèce où cette décision est intervenue, le mari tint du contrat de mariage le mandat de faire le emploi ; en tout cas, l'aliénation de l'immeuble dotal avait été faite par les deux époux, et non par le mari seul en vertu d'un tel mandat. Mais il faut bien remarquer que lorsque la femme a agi en justice à l'effet d'obtenir le emploi ou de se faire autoriser à l'effectuer, le mari avait touché le prix de l'immeuble dotal aliéné ; il se trouvait alors, par le fait de la réception des deniers, personnellement obligé à faire le emploi ; il n'y a rien là de contraire à la théorie soutenue ici.

Il est à noter que la femme, dans l'espèce de cet arrêt, avait consenti à la réception du prix par le mari, ce prix ayant été payé comptant aux termes du contrat de vente, et avait accepté soi-disant comme emploi une hypothèque donnée à l'acquéreur par le mari sur des immeubles à lui propres, mode de remplacement qui, d'ailleurs, n'était pas autorisé par le contrat de mariage. Il est bien évident que la femme ne pouvait, en donnant son consentement à la réception du prix par le mari sans emploi valable,

rendre sans effet la clause de remploi contenue en son contrat de mariage et s'interdire d'en réclamer l'exécution. Cette clause, d'autre part, s'augmentait, par le fait du paiement fait au mari, d'une obligation personnelle de ce dernier ; ce n'était pas là un changement aux conventions matrimoniales, mais la conséquence naturelle, et indépendante de la volonté des parties, de ce que le mari était devenu propriétaire des deniers à lui versés.

M. Jouitou (n° 310) n'admet pas la possibilité d'autoriser la femme à faire elle-même le remploi, même si cette autorisation n'est que subsidiaire, et subordonnée à l'inaccomplissement du remploi par le mari dans le délai qui lui est fixé. La seule raison qu'il donne de cette théorie, c'est que l'obligation du mari est une obligation de faire, qui, aux termes de l'art. 1142 du Code civil, se résout en dommages-intérêts. Mais la formule de l'art. 1142 est évidemment un peu trop absolue, et sa limitation résulte avec évidence des art. 1143 et 1144. Ce dernier texte me paraît autoriser pleinement la doctrine que j'adopte. L'arrêt de la Cour de Caen, conforme à cette doctrine, a été maintenu par la Cour de cassation ; le pourvoi a été rejeté le 20 décembre 1852 (S. 53. 1. 151).

Outre l'exécution du remploi par le mari, dans le cas où elle peut la demander, ou l'exécution qu'elle peut en faire elle-même à défaut, la femme agissant contre son mari peut également obtenir des dommages-intérêts, à raison du retard apporté par le mari à l'exécution de son

obligation, s'il était en demeure de l'exécuter : c'est le droit commun en matière d'obligation de faire (art. 1142 et 1146 C. civ.). La demeure, au surplus, ne peut résulter que d'une interpellation; l'expiration du délai fixé par le contrat de mariage ne suffirait pas.

A côté de l'action principale tendant directement à l'exécution de la clause d'emploi, la femme peut recourir à la demande en séparation de biens, qui pourra la mettre à l'abri des conséquences de l'inexécution de cette clause. C'est le seul moyen que lui accordent certains auteurs, comme M. Jouitou; il était déjà admis dans l'ancien droit écrit, ainsi qu'en témoigne Roussilhe (ch. VIII, art. 1^{er}, quest. 2). Mais il faut bien remarquer, comme le font en général les auteurs, que le fait seul de l'inaccomplissement par le mari de l'emploi auquel il est tenu, même si le délai fixé par le contrat de mariage est expiré, même si le mari est en demeure, n'autorise pas la demande en séparation de biens. Aux termes de l'article 1443 C. civ., la séparation de biens peut être poursuivie par la femme dont la dot est mise en péril. Il y a là une question de fait à apprécier. La diminution des sûretés promises par le contrat de mariage ne prouve pas à elle seule qu'en fait la dot soit en péril. Elle n'implique nécessairement aucun désordre dans les affaires du mari, dont la solvabilité peut être évidente. Il n'y aura lieu à séparation de biens que si, en omettant de faire emploi, le mari compromet réellement les reprises de la femme.

L'action accessoire en séparation de biens ne sera, pas

plus que l'action principale en remploi, perdue pour la femme par le fait qu'elle aura consenti à ce que le mari reçoive sans emploi les deniers dotaux. Elle a pu le faire, ne croyant pas à ce moment exposer sérieusement sa dot; plus tard, elle s'aperçoit que le mari commence à dissiper le prix qu'il a ainsi touché: elle peut évidemment demander la séparation de biens.

Nous nous sommes placés jusqu'ici dans l'hypothèse où le mari, en le supposant tenu de l'obligation de faire l'emploi, peut encore l'exécuter. Un moment vient où cela ne lui est plus possible. Il en est ainsi évidemment à la dissolution du mariage, puisqu'alors il n'y a plus de dot, et il est impossible qu'un emploi dotal soit fait, soit par le mari, soit par la femme. Il en est encore de même après la séparation de biens, ou, au moins, après la restitution de la dot faite par le mari à la femme par suite de séparation de biens. Voici la raison de cette distinction. La séparation de biens fait disparaître les pouvoirs du mari sur la dot, tant ceux qu'il tient du droit commun que ceux qui résultent de clauses particulières de son contrat, et notamment le mandat dont il peut avoir été investi à l'effet de faire l'acquisition en emploi. Si donc il ne détient pas les deniers dotaux, il n'a plus aucune qualité ni pour les toucher, ni pour en procurer l'emploi. Mais s'il a touché les deniers dotaux sans en faire emploi, nous avons vu qu'il contractait par le fait de cette réception l'obligation de les employer, qu'il eût déjà ou non mandat

à cet effet, en vertu du contrat de mariage. Cette obligation qui ne lui est pas imposée par le contrat de mariage, n'est pas modifiée par la séparation de biens, et subsiste naturellement en sa forme, tant qu'il reste détenteur des deniers dotaux : il ne lui devient impossible de l'exécuter que lorsqu'il a versé entre les mains de la femme la somme dotale en espèces, dont la détention le rendait comptable de l'emploi : jusque-là, il peut présenter à l'acceptation de la femme un immeuble qui fournira un aussi bon emploi que s'il avait été acquis avant la séparation de biens, et en livrant à la femme cet immeuble par elle accepté, il cessera d'être comptable de la somme dotale.

Les auteurs paraissent considérer sans distinction le mari comme dessaisi de la faculté de présenter un emploi par le fait seul de la séparation de biens. La distinction qui vient d'être indiquée paraît cependant bien justifiée, et je crois qu'on omet de la signaler, en employant des formules un peu trop générales, plutôt qu'on ne la conteste au fond. Le mari pourrait offrir un immeuble en paiement d'une dot en deniers non sujette à emploi ; il le peut également si la dot est sujette à emploi, avec cette différence que, dans ce cas, l'immeuble deviendra dotal par l'acceptation de la femme ; c'est un procédé de restitution de la dot qui paraît absolument régulier. On peut le signaler comme ayant été pratiqué notamment dans une espèce qui a donné lieu à un arrêt de la Cour de Bordeaux du 21 août 1848 (S. 48. 2. 721). Un pareil emploi accepté par la femme a été reconnu valable par la Cour ; au surplus,

la question se posait vis-à-vis du tiers, de sorte que la Cour n'a pas eu à décider si le mari s'était réellement libéré par ce moyen de l'obligation de faire emploi : mais il semble qu'il y a tout lieu de l'admettre.

Lorsque, suivant les distinctions qui viennent d'être faites, l'obligation d'emploi ne peut plus être exécutée par le mari, alors s'applique l'article 1142 C. civ. ; l'obligation se résout en dommages-intérêts. C'est l'ancienne obligation qui subsiste, elle est seulement transformée : d'où suit qu'il ne peut être dû de dommages-intérêts que si le mari était personnellement tenu de fournir l'emploi, conformément à ce que nous avons dit plus haut, et si son obligation était exigible au moment où elle a cessé d'être exécutable en nature : s'il jouissait d'un délai qui ne fût pas encore expiré, il n'encourt aucun reproche, et son obligation s'éteint purement et simplement, sans laisser après elle une obligation de dommages-intérêts.

Il faut encore, pour que les dommages-intérêts soient dus, qu'il y ait une faute imputable au mari, ce qui n'aurait pas lieu si, indépendamment de tout délai stipulé, il s'était passé fort peu de temps depuis l'événement donnant lieu à l'emploi et si le mari n'avait pu trouver aucune occasion favorable ; il aurait manqué du temps moralement nécessaire pour faire emploi. Il faut enfin qu'il y ait un dommage éprouvé par la femme ; c'est-à-dire, s'il n'y a que séparation de biens, que l'emploi qu'elle pourra effectuer elle-même ne lui procure pas le même avantage que celui qui aurait dû lui être offert plus tôt par le mari ;

ou, si le mariage est dissous, que la simple reprise de la somme dotale n'ait pas le même avantage qu'un emploi effectué en temps utile. Cette différence d'avantage est mesurée par la plus-value qu'aurait normalement acquise un immeuble acheté en temps utile, au moment où l'exécution par le mari est devenue impossible.

A la différence des dommages-intérêts que peut obtenir la femme lorsqu'elle agit à l'effet d'obtenir l'emploi, et qui sont des dommages-intérêts de retard, ceux qu'elle demande à défaut d'emploi sont des dommages-intérêts dus pour cause d'inexécution ; l'intérêt de cette différence est que ceux-ci sont dus indépendamment de toute mise en demeure (Demolombe, *Contrats*, t. 1^{er}, n° 570). Il n'est donc pas nécessaire, pour que la femme puisse les obtenir, qu'elle ait auparavant agi contre le mari, lorsqu'il en était encore temps, à l'effet d'obtenir que le emploi fût effectué. Son inaction n'est pas une excuse pour le mari, qui, débiteur d'un emploi, devait le fournir indépendamment de toute poursuite exercée contre lui à cet effet.

Tout ce qui vient d'être dit montre le fondement des dommages-intérêts : d'où l'on conclura aisément à leur montant. Ils doivent représenter l'intérêt qu'avait la femme à avoir un emploi fourni en temps utile par le mari, plutôt que le emploi qu'elle peut effectuer elle-même après séparation de biens, ou que la simple reprise en deniers qu'elle exerce après la dissolution du mariage. Et cet intérêt doit évidemment s'estimer au moment où s'opère la transformation de l'obligation du mari en une

dette de dommages-intérêts, c'est-à-dire, suivant les distinctions posées plus haut, soit au moment de la séparation de biens, soit au moment du paiement fait à la femme séparée de ses reprises dotales, soit au moment de la dissolution du mariage.

On a discuté et le principe et la base d'évaluation des dommages-intérêts. On peut consulter à cet égard un arrêt de Caen, du 5 mars 1860, qui a été l'objet d'un pourvoi rejeté par la Cour de cassation le 27 mai 1861 (S. 62. 1. 199); et un arrêt de Toulouse du 5 février 1870 (S. 71. 2. 113). Ces deux arrêts sont favorables à la doctrine ci-dessus indiquée.

Une consultation de MM. Demolombe et Carel a été produite devant la Cour de Toulouse contre l'allocation des dommages-intérêts. Les auteurs de cette consultation posent en principe que la question dépend essentiellement de l'interprétation du contrat, quant au point de savoir si les parties, en stipulant le remploi, ont entendu simplement garantir à la femme la reprise de sa dot, ou ont voulu en outre lui assurer les chances de plus-value dont un immeuble est susceptible; cette interprétation, ajoutent-ils, doit dans le doute être résolue dans le sens le plus favorable au mari débiteur du remploi. Ce système d'interprétation a le défaut d'ôter aux clauses de remploi leur sens naturel, que les parties doivent être censées avoir voulu adopter, quand une intention contraire n'est pas exprimée par elles. Sans doute le remploi a pour but essentiel de garantir la reprise de la dot; mais

qu'est-il en lui-même? La substitution d'un immeuble à l'immeuble aliéné. Quand les parties ont stipulé le remploi, il faut admettre qu'elles ont voulu que cette substitution se fit effectivement, à moins qu'il ne résulte clairement du texte du contrat qu'elles n'ont pas attaché d'importance à ce point. Et si cette charge de remploi se trouve imposée au mari, il faut dire qu'il y a là pour lui une obligation indépendante de celle de restituer la dot, et dont l'inexécution donne lieu à des dommages-intérêts, bien que la dot se retrouve entière. C'était bien le cas dans l'espèce de l'arrêt de la Cour de Toulouse, car le contrat donnait *pouvoir au mari* de vendre les biens constitués en dot à sa femme, *à charge* d'en employer le prix au nom de cette dernière. — Dans l'espèce de l'arrêt de la Cour de Caen, le contrat portait que « la future, autorisée de son mari ou de la justice, pourra vendre ou échanger tout ou partie de ses immeubles, en les remplaçant en d'autres fonds qui lui seront également constitués en dot ». Cette formule n'implique *a priori* aucune obligation du mari; elle est d'autant plus nette en ce sens, qu'elle vise des aliénations faites par la femme, non seulement avec l'autorisation de son mari, mais même avec l'autorisation de justice. Seulement, dans l'espèce, une aliénation ayant été faite, le mari en avait touché le prix sans emploi. Il était devenu par ce fait débiteur du remploi, ce qui justifie la condamnation à des dommages-intérêts prononcée par la Cour de Caen.

La question du montant des dommages-intérêts a été

agitée seulement dans l'espèce de l'arrêt de Toulouse. Le mari était décédé depuis une vingtaine d'années lors de l'action intentée par la femme, et celle-ci prétendait baser l'évaluation des dommages-intérêts sur la plus-value qu'aurait acquise un immeuble acheté en remploi par le mari au bout de dix ans à partir de la dissolution du mariage, l'aliénation qui avait donné lieu au remploi n'étant devenue définitive qu'à ce moment par l'extinction de l'action en révocation. La consultation, sur ce point, paraît avoir soutenu les vrais principes; après avoir repoussé l'allocation des dommages-intérêts, elle concluait subsidiairement à ce qu'ils fussent appréciés à l'époque de la dissolution du mariage, parce que l'époque que les parties avaient eue en vue était celle de la restitution de la dot, et qu'à partir de la dissolution du mariage la femme était devenue responsable de sa propre négligence. A ce moment, pouvons-nous ajouter, le mari cessait d'être tenu du remploi parce qu'il ne pouvait plus le faire; son obligation était résolue en dommages-intérêts, qui ne pouvaient aucunement se trouver aggravés par l'effet du temps écoulé depuis.

Responsable du défaut de l'emploi qu'il était chargé de faire, le mari l'est aussi, bien entendu, de l'irrégularité qui fait qu'un emploi apparent n'est pas valable, ou de l'insuffisance d'un emploi qui ne porte que sur une partie de la somme à employer.

L'emploi étant valable et ayant absorbé toute la somme

à employer, le mari est encore responsable de l'utilité de cet emploi, c'est-à-dire du fait qu'il représente bien la valeur de la somme qui y a été consacrée. Cette responsabilité peut avoir un double fondement. Lorsque le mari doit le remploi en vertu d'un mandat, et indépendamment de la réception par lui faite des deniers dotaux, il est tenu, comme tout mandataire, de bien gérer les intérêts de sa mandante. Lorsqu'il doit le remploi parce qu'il a reçu les deniers qui y sont sujets (que cette obligation soit seule ou vienne se superposer à l'autre), il devient débiteur de la restitution de la dot. Il doit cette restitution, sous forme d'emploi immédiatement, et, à défaut, sous forme de paiement en deniers à la dissolution du mariage, et il ne se libère par le premier procédé qu'autant qu'il fournit un immeuble représentant réellement la valeur de la somme employée ; s'il y a une différence en moins, il en reste débiteur, et il doit la fournir en deniers à la dissolution du mariage s'il n'a pas fait d'emploi complémentaire.

L'acceptation de la femme, qui est nécessaire pour que l'emploi soit complet, met l'immeuble à ses risques. Du jour où elle intervient, la femme est propriétaire, et le mari ne saurait plus répondre de la dépréciation, à moins de mauvaise administration de sa part, ce qui est un point de vue absolument différent de celui qui nous occupe. Il ne peut en répondre ni comme mandataire, puisque son mandat est terminé, ni même comme débiteur de la restitution de la dot, puisqu'il s'est libéré de cette dette

en fournissant un immeuble qui, au moment du paiement, était suffisant. C'est la femme qui acquiert l'immeuble; elle est capable de faire cette acquisition, et, par suite, de se charger des risques qu'elle entraîne.

L'acceptation de la femme n'implique-t-elle pas en même temps reconnaissance de la suffisance de l'immeuble pour représenter la somme à employer? En fait, cela paraît certain, et l'acceptation, nécessaire juridiquement parce que le mari ne peut, sans mandat formel, rendre sa femme propriétaire, a en outre cette utilité de fait de permettre à la femme de ne pas se laisser imposer l'acquisition d'un immeuble qu'elle ne jugerait pas d'une valeur égale à la somme dotale à employer. Mais en droit la femme a-t-elle la capacité d'apprécier la suffisance du remploi d'une façon qui la lie pour l'avenir? Non, parce qu'elle pourrait par là consentir à une diminution de sa dot, ce qui n'est pas en son pouvoir. Quand le mari, d'abord, est tenu comme débiteur de la restitution de la dot, il est clair que la femme ne peut accepter, comme pleinement libératoire, un paiement qui ne lui fournit en réalité qu'une partie du montant de ses droits. Quand le mari n'est tenu que comme mandataire, on serait tenté de dire que la femme peut le tenir quitte sans qu'il ait rempli tout son mandat, parce que par la ratification elle s'approprie ce qu'il a fait, et n'a plus, par suite, de recours contre lui. Mais cette idée ne serait pas exacte; le mandat dérivant du contrat de mariage est irrévocable, l'obligation qui en résulte pour le mari ne peut être modifiée au

cours du mariage, et la femme ne peut décharger le mari en s'appropriant l'acte qu'il a fait en son nom. Ce n'est donc que lorsque l'emploi peut être fait par la femme elle-même, qu'il n'est pas question de garantie de l'utilité par le mari qui n'intervient que pour autoriser sa femme, et dont l'intervention peut même être suppléée en ce cas par celle de la justice. Il peut d'ailleurs arriver qu'en pareil cas le mari fasse une acquisition et la présente à la femme à titre d'emploi comme s'il était tenu de le faire. Ce procédé constitue alors une simple gestion d'affaire, et comme elle est volontaire et ne dérive pas du contrat de mariage, il est juste d'y appliquer le raisonnement que nous avons repoussé pour le mandat irrévocable, et de dire que l'acceptation de la femme décharge le mari de toute responsabilité relativement à l'utilité de l'emploi.

L'utilité de l'emploi doit évidemment être appréciée avec une certaine approximation; il ne faut pas qu'on vienne critiquer trop rigoureusement les acquisitions faites; mais il n'est pas aisé de déterminer un principe bien juridique pour baser cette appréciation qui appartient surtout au domaine du fait. — L'action intentée à raison de cette responsabilité doit faire obtenir à la femme une somme égale à la différence entre la valeur réelle de l'immeuble au temps de l'emploi et la somme qui était à employer, pourvu qu'il y ait une différence appréciable.

L'action en dommages-intérêts, soit pour retard à faire

le remploi, soit pour inexécution, et l'action en garantie de l'utilité de l'emploi, sont incontestablement assurées par l'hypothèque légale de la femme. Je ne parle pas de l'action directe à l'effet de faire effectuer ce remploi, qui n'aboutit qu'à une injonction adressée au mari, et pour laquelle l'hypothèque est par suite sans utilité, sauf pour la condamnation à des dommages-intérêts de retard qui peut en résulter. Quelle sera la date de cette hypothèque légale? Il paraît évident qu'elle remontera au jour du mariage, s'il s'agit de l'emploi de sommes apportées par la femme en mariage ou à elle données en contrat de mariage, ou du remploi d'immeubles constitués dans les mêmes conditions, et que pour les sommes et biens provenant de successions recueillies ou de donations reçues pendant le mariage, elle prendra rang à compter du jour de l'ouverture des successions ou du jour que les donations auront eu leur effet. L'emploi ou le remploi est en effet un mode de garantie de la restitution de la dot; l'obligation du mari provient, soit de ce qu'il est comptable des deniers dotaux, soit de ce qu'il est mandataire, en vertu du contrat de mariage, à l'effet de réaliser l'emploi. Il s'agit donc bien de l'hypothèque de la dot et des conventions matrimoniales, qui, d'après l'article 2135 C. civ., date en principe du jour du mariage, et seulement du jour des donations ou de l'ouverture des successions, lorsqu'il s'agit de la restitution de valeurs dotales échues à la femme pendant le mariage, ou de l'application spéciale des conventions matrimoniales à ces valeurs.

On a cependant contesté cette théorie, et émis la prétention de faire dater l'hypothèque légale, lorsqu'il s'agit du remploi, seulement du jour de l'aliénation qui a donné lieu au remploi, ce qui, à première vue, est conforme au paragraphe de l'article 2135 d'après lequel la femme n'a d'hypothèque pour le remploi de ses propres aliénés qu'à compter du jour de la vente. Mais ce paragraphe semble bien écrit en vue du régime de communauté, ce qui permet de croire que le mot de *remploi* est employé dans ce passage, comme il arrivait souvent autrefois, dans le simple sens de reprise. Je crois donc qu'il ne faut en faire l'application au régime dotal qu'en distinguant avec soin les deux portées que peut avoir la clause de remploi. Si c'est une simple charge de la faculté pour le mari de toucher le prix, si par suite il est admis que la dot est mobilisée en principe, il naît de l'aliénation un droit de reprise nouveau, consistant en une créance au lieu de la propriété d'un immeuble, et qui n'est muni de l'hypothèque légale que du jour de l'aliénation. Mais si la clause de remploi a été stipulée comme condition de l'aliénabilité du fonds dotal, ce que nous considérons comme le cas normal, la femme n'a pas droit seulement à la reprise du prix d'un immeuble aliéné, mais à la conservation, par l'effet de la subrogation réelle, de la dot immobilière constituée à l'origine; son droit au remploi dérive directement de la constitution de dot, et est garanti par l'hypothèque de la dot et des conventions matrimoniales prenant rang en principe

au jour du mariage. Cette date de l'hypothèque légale a été reconnue par deux arrêts, l'un de la Cour de cassation du 27 juillet 1826, l'autre de la Cour de Grenoble du 6 janvier 1831.

J'ai raisonné jusqu'à présent sur l'hypothèse du remploi conventionnel sous le régime dotal. Que faut-il dire du remploi légal sous le même régime? Ce remploi, taillé sur le modèle du remploi conventionnel, paraît devoir en être rapproché le plus possible. On doit notamment le considérer comme exigé à titre de modalité de la constitution de dot, comme c'est le principe pour le remploi conventionnel, et non comme simple charge de la réception des deniers dotaux par le mari. Il est donc exigé de la façon la plus impérative. Mais, d'autre part, la loi ne le met pas formellement à la charge du mari. On ne devra donc en considérer l'obligation comme incombant à ce dernier que dans les cas où ce sera lui qui aura été autorisé par justice en vertu de l'article 1558 du Code civil, à faire l'aliénation: En pareil cas, il sera tenu indépendamment de la réception du prix, et sous la garantie de l'hypothèque datant du jour du mariage.

Sous le régime de communauté, la clause de remploi traditionnelle ne crée pas une obligation de remploi au sens propre du mot. Par conséquent, sous ce régime, plus évidemment encore, s'il est possible, que sous le précédent, il n'y a d'obligation pour le mari de faire

remploi que si elle est formellement stipulée. Il en est de même de la clause d'emploi. Au surplus, les immeubles propres de la femme n'étant pas en principe inaliénables, la clause de emploi obligatoire pour le mari n'a que le caractère d'une obligation d'employer le prix. Il est donc juste d'assimiler, sous ce régime, le emploi à l'emploi au point de vue de l'interprétation normale de la clause, et de prendre cette clause dans sa portée la plus restreinte, à moins d'indication contraire résultant clairement du contrat de mariage. De là toute la série de conséquences résultant des théories établies ci-dessus, au point de vue de l'époque à partir de laquelle l'action peut être exercée contre le mari à l'effet d'obtenir le emploi, et de la date de l'hypothèque légale. Le emploi peut d'ailleurs être stipulé comme condition de l'aliénabilité des propres, que la charge en soit ou non imposée au mari ; et alors on suivra entièrement les principes du régime dotal.

La responsabilité du mari au point de vue de l'utilité de l'emploi repose sur les mêmes principes dans le régime de communauté que dans le régime dotal ; bien entendu, la première condition pour qu'elle ait lieu, c'est que le mari soit débiteur de l'emploi, ou qu'il s'y soit volontairement immiscé ; elle cesse dans ce dernier cas par l'acceptation de la femme, et dans le premier, elle ne s'étend pas aux dépréciations postérieures à cette acceptation. Ce n'est que dans cette mesure que le mari peut être responsable du emploi purement facultatif

qu'il a volontairement effectué sous le régime de communauté. La femme, en acceptant ce emploi, en a valablement reconnu l'utilité et ne peut plus la contester, mais surtout elle ne saurait recourir contre le mari à raison de la dépréciation des biens acquis en emploi, postérieure à son acceptation. Si j'insiste sur ce principe, c'est qu'on trouve dans Lebrun (*Communauté*, n° 84), une décision contraire, généralement rejetée d'ailleurs par les auteurs qui l'ont relevée, notamment par Pothier (n° 499). Il s'agissait d'un emploi en rentes constituées qui, lors de la dissolution du mariage, étaient tombées à une valeur insignifiante, et Lebrun soutient que, malgré l'acceptation du emploi par la femme, le mari était resté « garant de la bonté de la rente au temps de la dissolution du mariage ». Il cite, pour appuyer cette manière de voir, des textes du droit romain d'après lesquels le mari est tenu d'avoir, relativement à la dot, la même diligence qu'à l'égard de ses propres biens. Je ne vois pas de difficulté à assimiler à cet égard les principes du droit coutumier à ceux du droit romain ; mais ils se réfèrent à la diligence du mari comme administrateur postérieurement au emploi, et supposent par suite, pour que la responsabilité puisse être établie, la preuve d'une faute ; la question est étrangère à celle de l'utilité du emploi ; à ce point de vue la femme, comme le reconnaît Pothier, a pris la chose à ses risques ; elle ne pourrait critiquer l'emploi que si elle avait été mineure lors de l'acceptation, parce qu'elle pourrait alors se faire restituer contre son

consentement, en supposant que l'acceptation qu'elle a donnée ait pu constituer une imprudence.

Si la clause d'emploi impose des obligations au mari, elle lui donne aussi des droits, et il ne faut pas traiter des unes sans parler aussi des autres. Alors même qu'il doit proposer l'emploi, il ne peut l'accomplir seul ; l'acceptation de la femme est nécessaire, à moins que le mandat donné au mari n'implique même dispense d'acceptation, ce qu'on ne doit pas présumer. Ce cas exceptionnel écarté, le mari peut-il, en cas de résistance injustifiée de la part de la femme, exiger que le remploi ait lieu ?

Les droits du mari à cet égard dérivent d'une double origine. D'abord, tenu d'une obligation, il a le droit de s'en libérer ; sujet à une responsabilité, il doit pouvoir prendre toutes les mesures légitimes par lesquelles il peut se mettre à couvert contre des réclamations ultérieures. D'autre part, il a aussi des droits indépendants de son obligation, auxquels la résistance de la femme porterait atteinte. Si la clause d'emploi est limitée à sa portée la plus restreinte et n'est qu'une charge de la réception des deniers dotaux, le mari, qui a en principe le droit de toucher ces deniers, a celui de vouloir les recevoir valablement, et peut exiger un emploi lorsque c'est la condition de la validité du paiement entre ses mains. Et si la disposition légale ou conventionnelle qui exige l'emploi est plus impérative encore et touche à la constitution même de la dot ou à l'aliénabilité des immeubles,

elle est alors introduite dans l'intérêt général de l'association conjugale, et confère un droit direct au mari aussi bien qu'à la femme. Sous le régime dotal, le mari a la jouissance des immeubles dotaux, et l'inaliénabilité s'applique à cette jouissance aussi bien qu'à la propriété qui reste à la femme. Sous le régime de communauté, cette jouissance appartient à la communauté, mais c'est le mari qui exerce les droits de la communauté; et si l'inaliénabilité est stipulée, le mari peut s'en prévaloir pour la jouissance qui appartient à la communauté, comme la femme pour la propriété. Dans l'un comme dans l'autre cas, le mari a droit au remploi qui modifie l'inaliénabilité; il y a droit, que ce remploi soit ou non à sa charge; il a droit à la jouissance d'un immeuble comme la femme a droit à la propriété d'un immeuble.

La conséquence de ces droits du mari, c'est qu'il peut mettre la femme en demeure d'accepter un emploi ou un remploi, et cela alors même que le contrat de mariage n'impose pas au mari la charge de le procurer; non seulement il peut la mettre en demeure, mais il peut, en cas de refus injustifié, se passer de son acceptation en y suppléant par une décision judiciaire. Le juge examinera les motifs du refus de la femme, et, s'ils ne sont pas fondés, il déclarera l'emploi accompli. L'obligation de la femme est une obligation de faire relative à un fait purement juridique; elle doit donner un consentement; il est conforme aux principes que ce consentement, refusé

sans cause légitime, soit suppléé par l'autorité de la justice, qui rend ainsi la femme propriétaire malgré elle.

Cette théorie n'est pas admise par M. Benech (n° 41), qui, exagérant la portée du droit d'acceptation de la femme, déclare qu'elle peut refuser cette acceptation sans avoir aucun motif à donner. Cette manière de voir ne paraît pas fondée sur une base solide. L'acceptation de la femme est une nécessité juridique, le mari ne pouvant la rendre propriétaire sans mandat ni ratification de sa part; elle permet en outre, en fait, à la femme de refuser un emploi désavantageux. Mais elle ne peut paralyser l'exercice d'un droit formel du mari; il n'y a pas d'intérêt en fait à permettre à la femme de refuser un emploi qui ne lui est pas désavantageux, et l'obstacle juridique est levé par l'intervention de la justice.

Les droits du mari relativement à l'exécution de l'emploi cessent complètement par la dissolution du mariage. Ses droits personnels cessent même par la simple séparation de biens, qui lui enlève tout intérêt personnel à l'exécution des conventions matrimoniales. Mais les droits corrélatifs à son obligation de faire emploi durent tant que cette obligation elle-même reste susceptible d'être exécutée en nature. Donc, même après la séparation de biens prononcée, le mari, s'il est détenteur des deniers dotaux, est en droit d'en faire emploi, et de faire à sa femme la restitution de sa dot sous cette forme. Il paraît donc juridique d'admettre que la femme ne pourra

refuser, sans juste motif, d'accepter l'emploi à elle présenté dans ces conditions, et qu'au besoin le mari pourra lui imposer un pareil emploi, comme il le pourrait avant la séparation de biens : ce qui a pour lui l'avantage de le soustraire à l'action en dommages-intérêts pour inexécution à laquelle il serait autrement exposé.

CHAPITRE III

SANCTION DE L'OBLIGATION D'EMPLOI OU DE REMPLOI DANS LES RAPPORTS DES ÉPOUX AVEC LES TIERS

Ce n'est pas seulement entre le mari et la femme que l'obligation d'emploi ou de remploi peut donner lieu à des actions. La clause d'emploi peut réagir contre des tiers, c'est-à-dire contre des personnes étrangères à l'association conjugale, mais qui sont parties dans les actes juridiques que peut influencer cette clause ; peu importe d'ailleurs que ces actes fassent partie des dispositions du contrat de mariage ou y soient étrangers. Comme la clause concerne toujours une somme dot de dont la femme est créancière, ces tiers sont, en somme, les débiteurs de sommes dotales sujettes à emploi ; et si la somme dont il s'agit est le prix d'un immeuble dotal, le tiers doit en outre être considéré dans sa qualité d'acquéreur d'un immeuble aliénable à charge de remploi.

Quelle peut être l'obligation de ces tiers débiteurs ou acquéreurs ? Évidemment ils ne sont pas chargés, par le fait que le contrat de mariage contient une clause d'emploi, de procurer à la femme cet emploi ; et ils ne peuvent même, comme le mari, être chargés par le contrat de mariage d'un mandat à cet égard ; ce mandat ne convient qu'au mari, dont il élargit les pouvoirs d'administration. Il ne peut être question pour les tiers que d'une obligation fondée sur la modification que la clause d'emploi imprime à leur qualité de débiteurs ou d'acquéreurs. Débiteurs, ils doivent payer une somme pour qu'elle serve à un emploi ; acquéreurs, ils deviennent propriétaires sous la réserve que l'immeuble par eux acquis soit remplacé par un autre immeuble dotal. Ils garantissent donc aux époux l'exécution de l'emploi ou du remploi, et la validité de leur libération ou même de leur acquisition est le gage sur lequel repose cette garantie.

Comment cette garantie, qui se comprend très bien de la part des personnes qui sont parties au contrat de mariage, par exemple de ceux qui constituent une dot à la femme, peut-elle s'imposer à des personnes qui sont restées absolument étrangères à cet acte, même à des personnes qui étaient tenues envers la femme, antérieurement à ce contrat, d'une créance que la femme se constitue en dot ? Par la raison qui rend, d'une manière générale, opposables aux tiers les conventions matrimoniales. Le contrat de mariage n'est pas une convention pécuniaire ordinaire, ne tirant ses règles que de la volonté

des parties et n'ayant d'effet qu'entre elles. C'est la loi de l'association conjugale, en ce qui concerne les intérêts pécuniaires qui en dépendent; il devient efficace par le fait du mariage et fait corps, en quelque sorte, avec lui; or le mariage, s'il s'établit contractuellement, est plus qu'un contrat; c'est une institution sociale, la base de la plus fondamentale de toutes les institutions sociales, la famille; ce n'est donc pas un de ces rapports accidentels et volontaires qui sont sans effet à l'égard de ceux qui n'y ont pas participé; c'est un fait qui existe *erga omnes* avec toutes ses conséquences. Ainsi en est-il de la propriété, cette autre institution sociale, qui dans notre droit se transmet au profit d'une personne par la convention seule, ce qui n'empêche pas cette transmission d'être opposable à tous. Des règles de publicité limitent ce principe dans l'application, tant pour la propriété que pour le mariage; en les supposant remplies, rien ne s'oppose à ce que ces institutions aient effet à l'égard de tous.

La garantie qui s'impose aux tiers à l'égard de l'emploi comporte deux degrés, suivant la portée qu'on assigne à la clause du contrat de mariage. On peut supposer que cette clause n'est stipulée que comme condition de la libération du tiers débiteur d'une somme dotale. Cette portée est la seule que puisse avoir la simple clause d'emploi. La clause de remploi a aussi ce caractère, et on peut la concevoir limitée à cette portée. Mais elle peut aussi être une condition de la validité de l'ac-

quisition du fonds dotal par le tiers ; ce caractère s'ajoute alors au premier sans le supprimer.

Ces deux portées de la clause à l'égard des tiers rappellent celles que nous avons distinguées en nous occupant de l'effet de la clause à l'égard du mari, sans y correspondre absolument, puisque la simple clause d'emploi n'est pas susceptible de deux degrés en ce qui concerne les tiers. Quant à la clause de remploi, comme à l'égard du mari, et pour la même raison, il y a lieu de présumer, sauf indication contraire, qu'elle est prise dans sa portée la plus énergique, et qu'elle affecte l'aliénabilité même du fonds dotal.

Lorsque la clause n'est qu'une condition de la libération du tiers, il ne peut y avoir d'action spéciale en garantie, distincte de l'action en paiement de sa dette, que lorsqu'il a payé. Alors, s'il n'y a pas eu d'emploi, il peut être actionné à l'effet de payer une seconde fois, afin que l'emploi ait lieu : il doit d'ailleurs être admis à prouver que la somme déjà payée par lui existe encore sous une forme ou sous une autre entre les mains des époux ; car si elle subsiste en nature ou est représentée par des valeurs quelconques, l'intérêt qui autorise les époux à agir en garantie n'existe plus ; ils peuvent faire encore l'emploi prescrit par le contrat de mariage, et n'ont par suite aucun motif de recourir contre le tiers. Ils ne peuvent lui réclamer qu'un prix qui n'existe plus, ou le complément d'un prix qui n'existe plus qu'en partie. Seulement l'intérêt de la protection de la dot exige que

la preuve, à cet égard, soit à la charge du tiers ; l'emploi est la condition de sa libération, et il est présumé débiteur tant que cet emploi n'apparaît pas.

Lorsque la clause affecte l'aliénabilité du fonds dotal, il n'y a pas lieu non plus à recours en garantie contre l'acquéreur tant que ce dernier n'est pas en demeure de payer son prix, pourvu d'ailleurs que le remploi soit toujours possible : en effet les époux peuvent, en se faisant payer, effectuer le remploi prescrit par le contrat de mariage. Si le prix est payé, ils recourront à l'action en garantie dans les mêmes conditions que dans le cas précédent, et cette action aura le même objet, à savoir l'obtention d'un second paiement afin de faire l'emploi prescrit. Enfin si l'acquéreur est en demeure de payer son prix pour la première fois, ou de le payer une seconde fois à défaut d'emploi sur le premier paiement, ou encore si, le mariage étant dissous, le remploi n'est plus possible, les époux auront le droit de faire prononcer la nullité de la vente, la condition à laquelle elle se trouvait subordonnée d'après le contrat de mariage n'étant pas réalisée. D'ailleurs, avant comme après la dissolution du mariage, la révocation, qui n'a lieu au profit des époux qu'à titre de garantie, ne peut être exercée par eux qu'à la charge de restituer le prix ou la partie du prix qui pourrait subsister entre leurs mains ou dont ils auraient profité.

Nous n'admettons donc pas que l'action en nullité résulte de plein droit de ce que la vente, autorisée à charge de remploi, a été faite sans remploi, même lorsque

le prix a été payé. On ne présente pas toujours, au moins d'une façon nette, les distinctions qui précèdent; on part de l'article 1560 C. civ., qui établit l'action en nullité de la vente de l'immeuble dotal, et on dit : lorsque le remploi, qui était la condition de l'aliénabilité, n'a pas été fait, on se retrouve dans le cas de l'inaliénabilité absolue, et l'article 1560 est purement et simplement applicable. A cela, on peut répondre qu'une condition n'est réputée défaillie que lorsqu'elle ne peut plus s'accomplir. Or, tant que le mariage subsiste, le remploi est possible pourvu que la somme qui doit servir à le réaliser soit offerte. Tout au plus pourrait-on dire qu'il cesse d'être possible dans les termes du contrat de mariage si un délai avait été stipulé pour que le remploi eût lieu : et encore la fixation d'un délai devrait-elle être présumée, sauf indication contraire, n'être faite qu'en vue des rapports des époux entre eux, et ne pas imposer un terme fatal à la possibilité du remploi.

La nullité n'est donc pas due de plein droit. Les époux doivent, tant que le mariage n'est pas dissous, mettre d'abord l'acquéreur en demeure de payer son prix, soit une première, soit une seconde fois ; et celui-ci ne peut, en réponse à cette demande, exiger la résolution de la vente. Sur quel fondement pourrait-il se baser pour repousser l'action des époux en offrant de rendre l'immeuble? On lui demande l'exécution de son contrat; il ne peut répondre en en offrant la résolution. — Même après la dissolution du mariage, quand l'action en révo-

cation est de plein droit pour la femme ou ses héritiers, s'ils veulent se contenter de l'action à l'effet d'obtenir un second paiement, nous ne croyons pas que l'acquéreur puisse leur imposer la reprise de l'immeuble. Ils sont libres désormais de renoncer à leur action en nullité, de ratifier et confirmer la vente de l'immeuble dotal ; ce n'est pas à l'acquéreur qu'il peut appartenir de s'opposer à cette confirmation. Le contrat de vente devient dès lors définitif, et la femme a d'autant plus le droit d'en exiger la complète exécution, en demandant que le prix, qui n'a pas été employé, soit payé une seconde fois. Il est vrai que de ce prix, ainsi payé à nouveau, il ne pourra plus être fait un emploi dotal, puisqu'il n'y a plus de dot : mais cette considération ne peut arrêter l'action contre l'acquéreur. Si, par la force des choses, il ne peut plus garantir à la femme son emploi, il doit au moins lui garantir la reprise de son prix. Le emploi est plus qu'une garantie de la reprise, mais il ne faut pas oublier qu'avant tout il a pour objet cette garantie ; et celui qui doit ou garantit le emploi, doit ou garantit à plus forte raison l'exercice de la reprise.

Maintenant, dans le cas même où les époux ont le droit de demander la révocation de la vente, cette révocation est-elle absolument de droit, ou l'acquéreur peut-il l'empêcher en offrant de payer une seconde fois son prix, alors qu'il est encore temps de faire emploi et que ce second paiement mettra les époux (ou la femme) à même

de faire cette opération? Ce point a été fort discuté. Trois opinions ont été soutenues. On accorde généralement à l'acquéreur la faculté de se soustraire à la nullité de la vente en offrant de payer une seconde fois, quand l'action en révocation est intentée par le mari au cours du mariage avant toute séparation de biens. Mais les uns lui accordent le même droit en tout état de cause, même après la dissolution du mariage; les autres le lui refusant après la dissolution du mariage, le lui accordent quand il n'y a que séparation de biens; d'autres enfin le lui refusent même en cas de simple séparation de biens.

La seconde théorie, soutenue par MM. Aubry et Rau (t. V, p. 580, texte et note 85) et Guillouard (*Traité du contrat de mariage*, n° 1970), nous paraît la seule exacte. L'action en nullité a le caractère d'action en garantie, destinée à suppléer au remploi; dès que ce remploi est offert, s'il est encore possible, les époux ne semblent pas pouvoir le refuser, puisqu'il procure l'exécution précise de la loi de leur contrat.

La première théorie, soutenue par MM. Seriziat (*Du régime dotal*, n° 119) et Rodière et Pont (n° 1844), repose essentiellement sur cette idée, que la clause de remploi n'a pour but, en définitive, que d'assurer à la femme la reprise de sa dot. Cette idée ne nous paraît pas exacte. Si le remploi répond essentiellement au besoin d'assurer la conservation de la dot, il tend à ce résultat par un moyen déterminé, qui est la conservation du caractère immobilier de la dot; et la clause impérative de remploi a pour

objet d'obtenir non pas seulement le but, mais le moyen, avec tous les avantages qui peuvent y être attachés en lui-même, tels que l'augmentation naturelle de valeur dont l'immeuble est susceptible. Le mari peut être tenu de dommages-intérêts quand il était obligé de faire le remploi et qu'il ne l'a pas fait, bien qu'il représente l'intégralité du prix d'aliénation. Le tiers ne peut pas être tenu de dommages-intérêts, parce qu'il n'était pas personnellement obligé de faire le remploi; mais il garantit l'existence d'un remploi réel, et si ce remploi n'existe pas et qu'un second paiement ne puisse plus le procurer, il peut être contraint à restituer l'immeuble qu'il a reçu, sans avoir aucun moyen à opposer à cette demande.

La troisième théorie, soutenue notamment par MM. Benech (*De l'emploi et du remploi*, n° 88), Troplong (*Traité du contrat de mariage*, n° 3419), Jouitou (*Étude sur le système du régime dotal sous le Code civil*, n° 308), se fonde sur ce que, par l'effet de la séparation de biens, la femme acquiert l'exercice de son action en nullité, et que dès lors elle en est maîtresse. C'est ce qu'on peut, je crois, dégager de plus juridique de tout ce qui a été dit pour appuyer cette opinion; seulement c'est une pure affirmation, et on ne voit pas clairement sur quoi elle repose. Sans doute, la femme acquiert par la séparation de biens l'exercice de son action contre les tiers, mais pourquoi aurait-elle cette action dans des conditions différentes de celles où pouvait l'avoir le mari lui-même avant la séparation de biens? Pourquoi cette action entraînerait-elle

de droit la nullité de la vente ? Ici encore la réponse faite plus haut à l'argumentation tirée de l'art. 1560, est applicable : comment peut-on dire qu'il y a défaut de remploi quand le remploi peut encore être fait et que le tiers en offre le moyen en proposant de payer une seconde fois son prix ? Ajoutez que le remploi est une loi de l'association conjugale ; si elle est opposable aux tiers, ceux-ci peuvent aussi, lorsqu'ils y ont intérêt, exiger que les époux s'y conforment. Le remploi, il est vrai, ne peut plus être exécuté par le mari qui en était tenu ; mais l'obligation du tiers est indépendante de celle du mari ; je ne vois pas sur quoi on pourrait fonder l'idée qu'il garantit l'exécution de l'obligation du mari ; il garantit le fait du remploi, voilà la seule chose qui puisse le concerner ; l'obligation du mari envers la femme est affaire entre les époux.

Il est un cas, cependant, où il semble qu'on pourrait dire avec vérité que le tiers garantit l'exécution de l'obligation du mari relative au remploi. C'est le cas, fréquent d'ailleurs, où l'obligation du mari résulte du mandat à lui donné par le contrat de mariage, d'aliéner les immeubles dotaux de sa femme. En ce cas, le mandat, concernant l'aliénation même et non seulement le remploi, est à considérer au point de vue de la validité de l'aliénation. Le mari est mandataire pour aliéner, à charge de fournir un remploi, et dès le jour où ce remploi ne peut plus être fourni par lui, la condition à laquelle était soumis son mandat se trouve défaillie, et il se trouve avoir vendu sans

mandat. Dès lors, la vente est nulle, le consentement du vendeur véritable, du propriétaire, faisant défaut. On a essayé, par suite de cette observation, de baser une théorie sur la distinction entre le cas où l'immeuble aliénable à charge de remploi est aliénable par la femme, et celui où il est aliénable par le mari, et d'admettre pour le premier cas, en la rejetant pour le second, la faculté pour le tiers d'échapper à l'action en révocation en offrant de payer son prix une seconde fois. Il semble cependant conforme aux principes que nous avons établis en parlant de l'obligation du mari, d'écarter même cette distinction, et d'admettre pour le tiers la faculté dont il s'agit même quand la vente a été faite par le mari seul. En effet, d'après ce que nous avons dit, la faculté pour le mari d'exécuter son obligation en offrant un remploi ne se perd pas par le seul fait de la séparation de biens : tant qu'il n'a pas fait la restitution de la dot, le mari peut encore offrir à la femme, en paiement de sa reprise, un immeuble que celle-ci devra accepter si elle n'a pas de raison plausible de le refuser, et qui lui servira de bon et valable remploi. Par conséquent, tant que le mari n'a pas restitué la dot, la condition à laquelle était subordonné son mandat n'est pas défaillie. Il est naturel d'admettre que l'acquéreur qui est, dans notre hypothèse, garant de l'obligation du mari, puisse l'exécuter aux lieu et place du mari, dans les mêmes conditions que le mari lui-même et avec les mêmes effets. Il pourra donc, en offrant un remploi, valider rétroactivement, et le mandat du mari,

et par suite la vente de l'immeuble. Il est seulement à noter qu'en ce cas l'acquéreur ne devra pas se contenter d'offrir son prix, à la charge par la femme de trouver un emploi, mais qu'il devra, comme l'aurait dû le mari lui-même, présenter un immeuble susceptible d'être accepté par la femme, faute de quoi l'action en révocation suivrait son cours.

Cette idée de la nécessité pour le tiers d'offrir non seulement son prix, mais un emploi, se trouve exprimée dans un arrêt rendu par la Cour de Rouen le 19 mai 1840 (S. 40. 2. 389). Seulement cet arrêt est relatif à une espèce où le contrat de mariage autorisait le mari à vendre à charge de emploi, mais *s'il était ainsi consenti par la femme*, et où par conséquent il n'y avait pas un mandat ferme donné au mari ; au surplus, en fait, la vente avait été consentie par la femme autorisée de son mari. En ce cas, d'après nous, l'offre du prix par le tiers aurait été suffisante pour empêcher l'action en révocation ; elle l'aurait été d'autant plus que, dans l'espèce, ce prix n'avait pas encore été payé, et que, par conséquent, il n'y avait pas lieu encore à action en garantie, le emploi pouvant s'opérer au moyen de la pure et simple exécution du contrat. L'arrêt rejette l'offre de l'acquéreur, et dans ses motifs on trouve cette observation, qu'alors même qu'il eût été encore temps pour lui de consolider son acquisition au moyen d'un emploi, il aurait dû pour cela offrir ce emploi, et non pas seulement son prix. Cette observation est intéressante et peut donner à penser que

la décision n'aurait pas été la même si l'acquéreur eût offert à la femme un immeuble en remplacement de son immeuble dotal aliéné.

Quoi qu'il en soit, la jurisprudence n'est pas généralement favorable à notre théorie; elle admet moins largement pour l'acquéreur la faculté d'arrêter l'action en révocation en offrant son prix. On peut citer cependant à l'appui de cette théorie un arrêt de la Cour de Bordeaux du 21 août 1848 (S. 48. 2. 721) et un de la Cour de Caen du 30 avril 1849 (S. 52. 2. 177). Mais il faut reconnaître que tous deux ont été rendus dans des hypothèses où des circonstances particulières empêchaient de prononcer la nullité de la vente. Dans l'espèce de l'arrêt de Bordeaux, il y avait eu aliénation sans emploi; puis, après la séparation de biens, le mari avait cédé à sa femme, en paiement de ses reprises, un immeuble qu'elle avait accepté en emploi. Ce emploi était évidemment valable et excluait toute action postérieure en révocation de la vente; l'acquéreur n'avait plus qu'à payer son prix, qui était encore dû. — Dans l'espèce de l'arrêt de Caen, la femme ne contestait pas à l'acquéreur la faculté de fournir encore un emploi; elle ne demandait la nullité de la vente qu'à *défaut de remplacement fourni ou à fournir*. L'acquéreur, il est vrai, n'offrait pas son prix et voulait que la femme se contentât d'une hypothèque. Néanmoins, étant donnés les termes de la demande de la femme, la Cour n'avait pas à prononcer *hic et nunc* la nullité de la vente. Elle accorda à la femme un délai de

six mois pour se procurer un emploi, faute de quoi elle autorisa l'acquéreur à en fournir un lui-même dans les six mois suivants; et, pour le cas seulement où dans toute cette année il n'y aurait pas de emploi fait, elle prononça éventuellement la nullité de la vente.

Un arrêt de la Cour de Pau, du 28 juillet 1832, serait plus décisif. Il pose la distinction entre le cas où le pouvoir de vendre est donné à la femme par le contrat de mariage et celui où il est donné au mari. Le contrat de mariage, passé un peu avant la promulgation du Code civil, en 1803, était régi par l'ancienne jurisprudence du parlement de Toulouse; la Cour constate qu'habituellement, dans le ressort de ce parlement, c'est au mari qu'était donné par les contrats de mariage le pouvoir de vendre; mais que, lorsqu'il était donné à la femme, celle-ci n'était pas admise à se prévaloir de son propre fait, de son refus de remplir la condition de son contrat de mariage, et on lui refusait l'action en révocation, ainsi qu'en témoignent des arrêts du parlement de Toulouse des 9 mai 1781 et 22 avril 1783. Il est à noter que dans l'espèce il n'y avait pas seulement séparation de biens; le mariage était dissous par le décès du mari, et malgré cela la Cour de Pau admit comme satisfaisante l'offre de l'acquéreur de payer son prix une seconde fois.

Le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté par la Cour de cassation le 20 juin 1853 (S. 54. 1. 5). Mais cette décision peut être considérée comme exceptionnelle à raison de ce qu'elle statue sur une question régie par la

loi antérieure au Code civil, et elle serait excessive au point de vue du droit nouveau, en ce qu'elle admet la possibilité du remploi après la dissolution du mariage, idée que la doctrine actuelle rejette.

Deux autres arrêts de la Cour de cassation, l'un antérieur, l'autre postérieur à celui qu'on vient de rappeler (27 avril 1842 et 17 décembre 1855 — S. 42. 1. 649 et 56. 1. 201), posent formellement le principe du droit de la femme à la nullité de la vente lorsqu'il n'a pas été fait de remploi, nonobstant toutes offres de l'acquéreur. Ces deux arrêts ont été rendus dans des circonstances analogues, et tous deux rejettent des pourvois formés contre des arrêts de la Cour de Rouen, en date l'un du 5 décembre 1840 et l'autre du 5 mars 1855. Dans les deux cas, la future épouse s'était réservé à elle-même, dans le contrat de mariage, la faculté d'aliéner ses immeubles dotaux en les remplaçant par d'autres, et la vente avait été faite par les deux époux. Seulement, dans les deux cas aussi, le mariage était dissous lors de la demande en nullité ; l'offre du tiers de payer une seconde fois devait donc, à notre avis, être écartée. Pour le cas de séparation de biens, la Cour suprême ne s'est pas prononcée d'une manière bien formelle.

Quant à la jurisprudence des Cours d'appel, elle paraît incliner à une distinction entre le cas où le pouvoir d'aliéner a été donné au mari et celui où il a été donné à la femme ; elle n'est bien fixée contre la faculté du tiers d'offrir un nouveau paiement, que pour le premier cas.

On peut citer par exemple un arrêt de la Cour de Toulouse du 22 décembre 1834 (S. 33. 2. 196) et un arrêt de la Cour de Limoges du 21 août 1840 (S. 41. 2. 56). Tous deux sont rendus dans des espèces où le pouvoir d'aliéner avait été donné au mari ; néanmoins, dans l'espèce de l'arrêt de Limoges, la vente avait été faite par les deux époux ; cette circonstance n'a pas modifié la décision.

Un autre arrêt de la Cour de Toulouse, du 14 juillet 1852 (S. 52. 2. 636), a également repoussé, dans le cas de séparation de biens, l'offre de l'acquéreur de payer une seconde fois son prix ; il est vrai que, le mari ayant mandat pour aliéner, on pouvait en principe exiger, comme nous disions plus haut, que l'acquéreur offrît non seulement son prix, mais un remploi. Mais ce qu'il y a de plus à remarquer, dans l'espèce de cet arrêt, c'est que la faculté d'aliéner avait été donnée au mari sous condition de remploi *ou de reconnaissance sur ses biens propres*. La vente avait été faite sans remploi ni reconnaissance ; au surplus, les biens du mari eussent été insuffisants pour faire cette reconnaissance. Mais cette clause du contrat de mariage, qui laissait au mari la faculté d'assurer la reprise de la femme par le remploi ou par un autre procédé, semblait bien impliquer que le maintien du caractère immobilier de la dot n'était que facultatif pour le mari ; dès lors, le tiers ne devait pas être tenu de garantir un emploi qui n'était pas exigé d'une manière absolue, mais seulement comme sûreté de l'exercice de la reprise dotale ; on ne devait, en définitive, le consi-

dérer comme tenu que de garantir cette reprise, et dès lors il y avait une raison particulière d'admettre comme satisfaisante l'offre de l'acquéreur de payer une seconde fois. Cet arrêt semble donc spécialement sujet à critique.

Une critique encore plus forte s'adresserait à un arrêt de la Cour de Lyon du 24 mars 1847 (S. 48. 2. 141), rendu dans une espèce où le contrat de mariage portait que la femme « se réservait le droit d'aliéner ses immeubles comme meubles, entendant les mobiliser pour le plus grand bien de ses affaires, sauf, en ce cas, le remploi de droit. » Il semble bien que cette clause impliquait la faculté absolue d'aliéner les immeubles, ainsi que paraissent l'exprimer le mot *mobilier* et l'expression *remploi de droit* : cette expression ne paraît pas faire allusion à un véritable remploi, le remploi proprement dit n'étant pas de droit, mais plutôt à la *reprise* de droit, conformément à l'ancienne terminologie, un peu confuse, que nous avons signalée.

Un arrêt de Caen, du 31 mai 1870 (S. 71. 2. 31), rendu dans un cas analogue à celui de l'avant-dernier arrêt rapporté, échappe à ces critiques. La femme s'était réservé la faculté d'aliéner ses immeubles dotaux sans formalités de justice, avec le seul consentement de son mari, « parce qu'il lui serait fourni un remploi par elle accepté ou une garantie hypothécaire suffisante ». Puisqu'une garantie hypothécaire pouvait suffire à satisfaire au contrat de mariage, c'est que la dot devait être considérée comme mobilisable; dès lors l'offre de payer, une seconde

fois devait d'autant plus être acceptée. La Cour, d'ailleurs, a posé le principe d'une manière plus absolue ; on lit même dans les motifs de l'arrêt cette assertion assez hasardée qu'il est *constant en droit comme en jurisprudence* que l'acquéreur peut, même après la séparation de biens ou la dissolution du mariage, arrêter l'action en résolution en offrant le emploi. Il est à noter que, dans l'espèce, c'était la femme elle-même qui s'était réservé la faculté d'aliéner ses immeubles dotaux. Il en était de même dans l'espèce d'un arrêt de la Cour de Pau du 5 mars 1859 (S. 59. 2. 404), dont les motifs admettent incidemment l'opinion que nous avons soutenue sur la question.

Nous avons vu en quoi consiste l'obligation des tiers débiteurs ou acquéreurs en cas de clause d'emploi ou de remploi sous le régime dotal. Nous avons expliqué cette obligation sans la mettre en rapport avec celle du mari, parce qu'elle en est indépendante. Obligé envers les époux, c'est-à-dire envers la société conjugale, le débiteur ou acquéreur est étranger à l'obligation du mari envers la femme, qui est un fait interne de l'association conjugale, et ne concerne que les rapports des deux époux entre eux. L'obligation du tiers peut seulement être influencée par le mandat donné au mari à l'effet d'aliéner les immeubles dotaux, ainsi que nous l'avons expliqué.

Mais si l'obligation du tiers est la même, quelle que

soit la situation respective des époux entre eux, cette situation est du moins à considérer pour savoir à qui, du mari ou de la femme, appartient le droit d'exercer l'action contre le tiers. L'article 1560 C. civ. semble trancher la question en décidant que l'action appartiendra au mari avant la séparation de biens, et à la femme après. Mais cet article ne concerne que l'action en nullité, et vise le cas d'inaliénabilité absolue. Il ne paraît donc pas exclure la possibilité pour la femme d'intenter, avant la séparation de biens, l'action à l'effet d'obtenir un second paiement, soit avec l'autorisation de son mari, soit, à défaut, avec celle de la justice, quand c'est à la femme elle-même que le contrat de mariage a donné le pouvoir d'aliéner ses immeubles : l'action dont il s'agit est une conséquence de ce pouvoir, et échappe aux prévisions de l'article 1560.

L'action contre le tiers peut d'ailleurs être exercée par le mari lui-même, bien qu'il ait vendu l'immeuble dotal, par suite du mandat à lui donné à cet effet par le contrat de mariage, alors même que les fonds sujets à remploi auraient été encaissés par lui. On ne peut lui refuser l'action sous le prétexte que celui qui doit garantir ne peut évincer. Ce n'est pas, en effet, en son nom personnel qu'il a vendu ; c'est comme mandataire de la femme, et celle-ci n'a pu aliéner l'immeuble dotal et contracter l'obligation de garantie qui dérive naturellement de la vente, que sous les conditions fixées par le contrat de mariage. C'est encore en vertu des pouvoirs qui lui ont été

donnés sur la dot, que le mari intente l'action contre l'acquéreur; il n'a pu la compromettre par son fait personnel.

Mais les époux personnellement ne peuvent-ils pas être garants vis-à-vis du tiers contre l'effet des poursuites auxquelles il est exposé ? En parlant des époux personnellement, j'entends les considérer indépendamment de la dot : c'est à raison de la dot qu'ils ont droit à la garantie du tiers ; mais, la dot restant sauve, on peut les concevoir comme tenus de garantir à leur tour le tiers, le mari en son nom personnel, sur tous ses biens, la femme sur ses biens paraphernaux. Cette garantie inverse n'implique donc pas contradiction. Il ne semble pas d'ailleurs qu'aucun principe s'oppose à sa possibilité. Le mari peut évidemment s'obliger personnellement ; il y a en lui deux personnes différentes, suivant qu'il agit dans son intérêt personnel, ou qu'il représente les intérêts de la dot. S'il ne peut engager la dot, il peut bien évidemment s'engager lui-même, comme le pourrait un tiers, à propos de ses actes sur la dot, et ce sur tous ses biens personnels. La femme peut s'engager de même sur ses biens paraphernaux. On objecte que l'obligation dont il s'agit aurait pour but de garantir une chose nulle, ce qui ne doit pas être possible. Cette objection est spécieuse, mais n'exprime pas une idée bien exacte. Allons au fond des choses : les époux ne s'engagent pas à maintenir une chose nulle ; le paiement non valable sera renouvelé, afin qu'il soit fait emploi ;

l'aliénation du fonds dotal pourra être révoquée; le tout nonobstant toute obligation de garantie des époux. Mais tout cela n'a pour objet que la sauvegarde de la dot : ce résultat assuré, quelle est la raison de droit qui peut s'opposer à ce que les époux garantissent le tiers de l'effet du dommage qui lui est occasionné par là, et qui procède en définitive de leur propre faute, puisqu'ils pouvaient, en opérant le remploi comme le prescrivait le contrat de mariage, éviter la nécessité du recours contre le tiers ? Je ne crois pas qu'on puisse en donner aucune raison.

Maintenant, quand existe cette obligation de garantie du mari ou de la femme paraphernale envers le tiers ? Il est évident qu'elle ne résulte pas de plein droit de la vente du fonds dotal. Une vente n'entraîne de plein droit qu'une garantie proportionnée à la capacité du vendeur à l'égard de la vente elle-même. Sous le régime de l'inaliénabilité pure, il n'y a pas de plein droit garantie d'une vente que les époux n'ont point la capacité de consentir. Dans le cas de clause de remploi, il ne peut y avoir de plein droit garantie pure et simple d'une acquisition subordonnée au remploi. Cette garantie n'est donc due que si elle a été stipulée formellement dans le contrat de vente. Cela est absolu à l'égard de la femme; quant au mari, en vertu de l'article 1560, cette garantie résulte du seul fait qu'il a vendu sans déclarer que le bien vendu était dotal.

Ces principes sont aujourd'hui bien établis en jurisprudence. Il est bon d'ailleurs de noter que, parmi les

arrêts qui ont été cités contre la possibilité d'une semblable garantie, il en est qui sont rendus dans des espèces où elle ne devait pas être admise, parce qu'elle n'avait pas été assez spécialement stipulée, de sorte qu'ils ne sont pas en réalité contraires au principe aujourd'hui reconnu. Ainsi en est-il d'un arrêt de la Cour de Rouen, du 5 décembre 1840 (S. 41. 2. 71), rendu dans une espèce où un immeuble dotal aliénable à charge de remploi avait été vendu par les époux *conjointement et solidairement et avec garantie d'éviction*. Cette formule courante ne devait être considérée que comme relative à la garantie de droit qui découle de toute vente, et non comme impliquant la garantie spéciale qui nous occupe. De même, dans l'espèce qui fait l'objet d'un arrêt de la Cour de Riom du 12 août 1844 (S. 44. 2. 592), on voulait faire résulter l'obligation de garantie sur les paraphernaux de la femme de ce que, le pouvoir de vendre ayant été donné au mari, la femme avait concouru à l'aliénation d'un bien dotal solidairement avec son mari : il n'y avait pas là expression d'une garantie portant sur l'éviction due à la dotalité de l'immeuble.

Mais lorsque cette garantie spéciale est exprimée, la Cour de cassation la reconnaît comme parfaitement valable, ainsi qu'il résulte de deux arrêts des 4 juin 1851 et 20 juin 1853 (S. 51. 1. 465 et 54. 1. 5). Dans l'espèce du premier arrêt, les époux, vendant conjointement, s'étaient obligés à « faire jouir paisiblement l'acquéreur de la propriété par lui acquise, promettant de le relever et garantir

de tous troubles et évictions, et spécialement de toutes recherches qui pourraient provenir de la totalité de ladite propriété », et ils avaient pris l'engagement de ratifier ou faire ratifier la vente aussitôt que la ratification pourrait être valablement donnée. Dans l'espèce du second arrêt, la femme, qui avait en vertu de son contrat de mariage le droit d'aliéner moyennant emploi, avait, en vendant son immeuble, donné à l'acquéreur une hypothèque sur ses paraphernaux pour sa garantie.

L'obligation de garantie vis-à-vis du tiers entraîne le remboursement de la somme que ce dernier a dû verser, quand l'action intentée contre lui n'a abouti qu'au versement d'une somme; au cas de révocation de l'aliénation, elle entraîne aussi le remboursement intégral du prix qui peut avoir été payé et des frais et loyaux coûts du contrat; elle peut même entraîner des dommages-intérêts fondés sur la plus-value que l'immeuble peut avoir acquise entre les mains de l'acquéreur.

Rappelons au surplus ce qui a été dit plus haut : c'est que l'action contre le tiers ne s'exerce que sous la réserve du profit qui serait démontré avoir été retiré par les époux du prix déjà payé. C'est là une limitation naturelle de l'obligation du tiers, qui a lieu indépendamment de toute obligation de garantie contractée envers lui par les époux : si c'est un second paiement qui lui est demandé, le profit retiré par les époux du premier paiement en diminue de plein droit le montant; et si la nullité de la vente est prononcée, les époux doivent restituer le mon-

tant de ce profit. C'est aussi indépendamment de toute obligation spéciale de garantie que le mari peut devoir des dommages-intérêts au tiers en vertu de l'article 1560 C. civ., quand il n'a pas déclaré que le bien vendu était dotal.

A quelles restitutions de fruits l'acquéreur est-il tenu lorsque la révocation de l'aliénation est prononcée contre lui? Sans doute, cette révocation a en principe un effet rétroactif; mais, au point de vue des fruits, il faut considérer la bonne ou la mauvaise foi du possesseur. Or, jusqu'au moment de la demande en révocation, si cette demande est formée au cours du mariage, et jusqu'à la dissolution du mariage si la demande n'a lieu que postérieurement, l'acquéreur doit être considéré comme un possesseur de bonne foi. En effet, jusque-là la révocation n'est pas de droit : la vente doit normalement être valable; sa validité définitive ne dépend que du remploi à effectuer, et l'acquéreur est en droit de compter que ce remploi sera fait. Ce n'est que par la dissolution du mariage que le remploi devient impossible, ou par la demande en révocation que l'acquéreur est mis en demeure de restituer l'immeuble. A partir de l'un ou l'autre de ces moments, la nullité de la vente doit être prévue, et l'acquéreur qui connaît le caractère dotal de l'immeuble cesse d'être en droit de consommer les fruits en comptant sur la validité de son acquisition.

L'acquéreur a droit d'ailleurs, dans les mêmes condi-

tions que tout autre possesseur, à une indemnité pour les améliorations qu'il peut avoir faites. Mais il ne saurait prétendre à un droit de rétention sur l'immeuble jusqu'au paiement de cette indemnité. On peut consulter à cet égard l'arrêt déjà cité de Rouen, du 5 décembre 1840 (S. 41. 2. 71).

L'obligation du tiers débiteur ou acquéreur de garantir l'emploi entraîne pour lui la nécessité d'en garantir non seulement la réalité, mais encore l'utilité; c'est-à-dire que l'emploi effectué ne dégage le tiers que si l'immeuble acquis en remploi représente réellement une valeur égale à la somme à employer. L'emploi immobilise la dot pour la mieux conserver; il donne à la femme un droit de propriété au lieu d'une simple créance de reprise : encore faut-il que dans cette opération la dot ne se trouve pas diminuée, et que la chose dont la femme devient propriétaire soit équivalente à la reprise en deniers qu'elle aurait exercée à défaut d'emploi. Cette condition est de la nature même de l'emploi; aussi, en principe, qui est garant d'un emploi est garant de l'utilité de cet emploi.

A quel moment doit être appréciée l'utilité de l'emploi au point de vue de la responsabilité du tiers? En ce qui concerne la responsabilité du mari, nous avons fixé cette époque au moment de l'acceptation de l'emploi, et nous avons dit que les dépréciations postérieures ne pouvaient avoir aucun effet à l'encontre du mari en ce qui concerne

son obligation d'emploi, sauf d'ailleurs sa responsabilité comme administrateur en cas de faute de sa part. A plus forte raison devons-nous considérer le tiers comme étranger à ces dépréciations, puisqu'il n'a rien à voir dans l'administration de la dot. L'acceptation, en rendant l'emploi définitif, fixe la situation : c'est à ce moment que le tiers est en droit de se considérer comme déchargé si la valeur de l'immeuble acquis en emploi équivaut réellement à la somme à employer.

L'appréciation de l'utilité est une question de fait. Elle doit être faite avec assez d'exactitude pour que la responsabilité du tiers soit sérieuse, et avec assez de largeur pour qu'il puisse être en sécurité lorsqu'il a consciencieusement et raisonnablement vérifié la bonté de l'emploi, sans avoir à craindre d'être recherché pour une insuffisance minime, qui a pu lui échapper sans faute sérieuse de sa part. Autrement il opposerait lui-même des difficultés insurmontables à l'exécution de l'emploi, et on serait toujours obligé de recourir à l'intervention de la justice pour faire déclarer le remploi suffisant et obtenir paiement. D'autre part, cette appréciation doit être faite au point de vue personnel des époux ; il peut se faire que l'immeuble ait une valeur particulière pour la femme, par exemple s'il est contigu à un autre immeuble à elle appartenant ; c'est à cette valeur qu'il faut s'attacher, et on ne pourrait pas considérer le remploi comme insuffisant sous prétexte que cet immeuble aurait pu être acheté par une autre personne bien meilleur marché, si

les circonstances justifient parfaitement le prix qui en a été payé par la femme.

Lorsqu'au lieu de remploi conventionnel il s'agit de remploi légal, sous le régime dotal, nous avons déjà eu occasion de poser en principe que l'obligation de ce remploi affecte l'aliénabilité même des immeubles, en ce sens qu'il est dû par suite de l'aliénation même, et non comme simple condition du paiement du prix, et qu'il fait partie des conditions sous lesquelles l'aliénation a été permise, et dont le défaut d'exécution peut aller jusqu'à entraîner la nullité de l'aliénation. Cependant il faut remarquer que dans la plupart des cas où la loi autorise l'aliénation du fonds dotal, c'est en vue d'une utilisation du prix qui doit en absorber généralement la plus grande partie. Cette utilisation ayant été régulièrement faite, il est difficile d'admettre que le défaut d'emploi de l'excédent du prix suffise à lui seul pour autoriser la révocation de l'aliénation. Il y a là une question d'appréciation; il faut considérer la valeur relative de la somme à appliquer au besoin qui a fait autoriser l'aliénation, et de l'excédent de prix à employer. Mais si ce dernier avait une grande importance, il faudrait en considérer le défaut d'emploi comme aussi grave qu'un défaut d'emploi total. Il est clair d'ailleurs que jamais on ne pourra déclarer la vente résolue pour partie, et qu'il doit toujours y avoir, le cas échéant, résolution totale, sauf restitution de somme égale à la partie du prix qui a été régulièrement utilisée.

Dans les cas où la totalité du prix est sujette à remploi proprement dit, comme au cas de licitation, il y a lieu de suivre les règles du remploi conventionnel dans le cas normal.

Sous le régime de communauté, la stipulation de remploi n'engendre pas en principe une obligation, si elle ne résulte pas des termes de la clause. Par suite, les clauses obligatoires doivent être entendues restrictivement. Ainsi d'abord l'obligation imposée au mari ne doit être considérée que comme une règle d'ordre intérieur de l'association conjugale, n'intéressant que les rapports entre le mari et la femme, et n'engageant nullement les tiers. Si l'obligation de surveiller le remploi est formellement imposée aux tiers, il faut, à moins d'indication contraire, la considérer comme une modalité apposée à leur faculté de se libérer des deniers dotaux ; il n'en résulte pas une inaliénabilité conditionnelle, mais les acquéreurs qui paieraient sans remploi seraient exposés à payer une seconde fois. Cette clause entraîne d'ailleurs pour eux, de plein droit, l'obligation de veiller à l'utilité de l'emploi, qui est, nous l'avons dit, de la nature de l'obligation d'emploi, et ne doit cesser que si elle est écartée par le contrat de mariage. Enfin si l'obligation de remploi est stipulée comme condition de l'aliénabilité des propres de la femme, il faut traiter ce remploi comme sous le régime dotal ; et cette forme de stipulation suffit pour que les tiers soient garants du remploi, car l'aliénabilité

ou l'inaliénabilité des biens sont des qualités opposables à tous. Pareille clause ne suffit pas d'ailleurs pour soumettre au régime dotal les immeubles propres de la femme ; leur situation n'est semblable à celle des immeubles dotaux qu'au point de vue qui nous occupe, et non à tous égards ; ainsi ils ne cessent pas pour cela d'être saisissables par les créanciers personnels de la femme.

Examinons maintenant les droits qui appartiennent aux tiers, corrélativement à l'obligation dont ils sont tenus, et au moyen desquels ils peuvent se mettre à couvert des responsabilités par eux encourues. Ces droits sont à envisager dans deux situations différentes : avant et après le paiement de la somme sujette à emploi.

Avant le paiement, le débiteur des deniers dotaux a deux moyens à sa disposition, l'un défensif, l'autre offensif.

D'abord, lorsque le paiement lui est réclamé, il peut le refuser tant qu'il ne lui est pas justifié d'un emploi valable et suffisant. Il est débiteur, sans doute ; mais tout débiteur est en droit de ne s'acquitter que dans des conditions qui assurent la validité de sa libération. En outre, s'il s'agit d'un acquéreur à charge de emploi, son acquisition ne devient définitive que par la réalisation du emploi ; par suite, sa dette elle-même, qui est corrélatrice à son acquisition, ne devient aussi définitive qu'à ce même moment. Là paraît être la véritable justification du refus de paiement de l'acquéreur. On cite aussi pour

l'expliquer l'article 1653 du Code civil qui autorise l'acheteur, lorsqu'il a juste sujet de craindre d'être troublé dans sa possession, à suspendre le paiement du prix jusqu'à ce que le vendeur ait fait cesser le trouble. Mais il n'y a qu'analogie entre les deux hypothèses ; le fondement en est différent. Celle de l'article 1653 repose sur l'obligation de garantie du vendeur envers l'acheteur ; celle qui nous occupe ne suppose pas cette obligation de garantie, puisque les époux ne sont pas garants de plein droit de l'éviction qui résulte de l'annulation de la vente fondée sur le défaut de remploi.

Ce droit reconnu à l'acquéreur soulève une difficulté. Si, pour être à couvert, il peut refuser de payer tant qu'il n'y a pas emploi, d'autre part c'est avec les deniers qu'il détient que l'emploi doit être fait ; comment donc le fera-t-on tant qu'il n'aura pas payé ? La difficulté n'est pas très grande quand le remploi se fait en immeubles réels ; très souvent le prix n'est pas payé comptant, et les époux pourront acquérir l'immeuble avant d'avoir les fonds dans les mains. Mais la question est moins simple à résoudre quand on fait un remploi en actions de la Banque de France immobilisées, ou en rentes sur l'État ou autres valeurs se négociant à la Bourse. En remettant directement les fonds à l'agent de change, le débiteur de deniers dotaux pourra bien avoir la sécurité de fait résultant de la confiance qu'inspire ordinairement un officier public ; mais il ne sera pleinement libéré en droit que par la réalisation du remploi. La nécessité l'exigeant, il

faut bien admettre qu'il pourra être obligé à se dessaisir des fonds sur la simple offre que feront les époux d'un emploi bien déterminé, accepté d'avance par la femme, et dont ils s'engageront à justifier sitôt qu'il sera réalisé. C'est ce qu'a décidé la Cour de Rouen par un arrêt du 21 juin 1856 (S. 57. 2. 171). Tout en déclarant suffisante l'offre faite par les époux, cet arrêt, pour donner plus de sécurité au débiteur des deniers dotaux, commet un agent de change pour faire l'achat destiné au remploi, et ordonne que les fonds lui seront versés contre récépissé passé devant un notaire également commis, lequel récépissé vaudra au débiteur quittance pleinement libératoire : si mieux n'aime ce dernier faire opérer le remploi par un agent de change de son choix, en valeurs de l'espèce désignée par les époux, et qu'il remettra à ceux-ci contre quittance de la somme par lui due. En se dessaisissant ainsi des fonds sous le couvert d'une décision judiciaire, le débiteur est en sûreté ; mais il n'est pas désirable qu'il recoure ordinairement à ce moyen. Pour l'éviter, il est bon de limiter sa responsabilité par le contrat de mariage, au moyen d'une clause portant que la remise des fonds entre les mains de l'agent de change chargé du remploi libérera complètement le débiteur. Une clause analogue est assez usitée pour les remplois à faire en immeubles : on stipule que la remise des fonds entre les mains du notaire chargé de dresser l'acte d'acquisition emportera libération définitive. Ces clauses suppriment radicalement la difficulté qui nous occupe.

On complète habituellement les clauses de ce genre en disant que l'agent de change et le notaire auxquels les fonds auront été remis seront chargés de suivre le remploi et en seront responsables à la place de l'acquéreur. Cette responsabilité n'est pas de plein droit, car ces officiers publics ne sont que dépositaires des fonds ; ils n'en sont pas personnellement débiteurs. En acceptant la remise des deniers pour en faire emploi dans les termes du contrat de mariage, ils se soumettent à la responsabilité que ce contrat leur impose ; mais cette soumission doit être considérée comme purement volontaire de leur part et ne pourrait être exigée en cas de refus.

Un autre procédé employé quelquefois pour assurer la conservation des fonds en attendant l'exécution du remploi, consiste à les remettre entre les mains d'un séquestre qui ne devra s'en dessaisir que lorsque les parties seront d'accord sur un remploi. Comme l'agent de change et le notaire, ce séquestre ne doit pas, en principe, être considéré comme personnellement garant du remploi.

Bien entendu, le tiers a le droit d'exiger, pour payer, non seulement qu'il soit fait matériellement un remploi quelconque, mais que ce remploi soit valable, suffisant, exempt de chances d'éviction, puisqu'il est garant de toutes ces qualités du remploi. Il a donc le droit de critiquer le remploi proposé par les époux, et notamment d'exiger qu'il soit justifié que l'immeuble acquis est libre d'hypothèques. Ainsi l'a décidé notamment la Cour d'Aix, dans une espèce où le tiers alléguait que l'immeuble ne

représentait pas réellement la valeur de la somme employée, critique qui a été reconnue fondée, et où, de plus, les époux n'avaient pas procédé à la purge des hypothèques légales sur leur acquisition (Aix, 20 juin 1834, S. 34. 2. 436). Ainsi l'a décidé encore la Cour de Bordeaux par arrêt du 1^{er} décembre 1847 (S. 48. 2. 384) : le mari, après séparation de biens, avait cédé à sa femme, pour lui servir de emploi, un immeuble dont le prix paraissait encore dû en partie ; en tout cas, il n'était pas rapporté de certificat négatif du bureau des hypothèques : l'acquéreur à charge de emploi, qui refusait de payer dans ces conditions, a obtenu gain de cause.

Le refus de payer sans emploi met l'acquéreur à l'abri du danger de payer deux fois son prix, mais il ne le préserve pas de la nullité de la vente, dans le cas où elle peut être prononcée sans qu'il ait la faculté de l'empêcher en offrant lui-même un emploi. C'est ce qui a lieu après la dissolution du mariage. D'ailleurs, à partir de cette époque, la femme ou ses héritiers peuvent, en principe, renoncer à l'action en nullité, et cette renonciation résulte de la demande du prix, qui manifeste l'intention de ratifier la vente. Par suite, après la dissolution du mariage, le refus de payer sans emploi n'aurait plus de raison d'être, l'emploi n'étant plus possible, et ce refus ne se fondant d'ailleurs sur aucun intérêt légitime.

Cette solution cesserait d'être absolument exacte, au cas où une cause quelconque empêcherait la renonciation à l'action en nullité. Il est vrai que l'emploi n'est

plus possible; mais alors l'acquéreur pourrait retenir son prix jusqu'à ce qu'il fût assuré d'être dégagé, en payant, de tout danger d'éviction. Ainsi, la question s'est posée à l'égard d'héritiers mineurs de la femme. Le mari survivant, père et tuteur légal des mineurs, réclamait en leur nom le paiement du prix; il soutenait que, le remploi n'étant plus possible, le prix était dû purement et simplement, et qu'il avait, en sa qualité de tuteur, le pouvoir de le toucher sans conditions, comme l'auraient ses enfants eux-mêmes, s'ils étaient majeurs. Mais l'acquéreur répondait que le défaut de remploi l'exposait à une action en nullité dont il ne pouvait être affranchi en payant que par une ratification de la vente : or, cette ratification ne pouvait avoir lieu au nom des mineurs sans autorisation du conseil de famille. La Cour d'Agen, par arrêt du 3 janvier 1841 (S. 41. 2. 639), donna raison à l'acquéreur; et le pourvoi formé contre cet arrêt fut rejeté par la Cour de cassation le 25 avril 1842 (S. 42. 1. 651).

Une particularité est à remarquer dans l'espèce qui vient d'être rapportée : c'est que le contrat de mariage autorisait le mari à aliéner les immeubles dotaux « à la charge expresse d'en faire remploi, ou de faire reconnaissance bonne et valable, sur ses biens personnels, du prix provenant de l'aliénation ». Si, après la dissolution du mariage, ce remploi n'était pas possible, une reconnaissance absolument équivalente à celle prévue par le contrat de mariage était possible. Le mari pouvait justifier de la suffisance de ses biens pour répondre du prix au

moyen de l'hypothèque légale dont il était tenu comme tuteur. Le paiement aurait donc pu être exigé, ainsi que les arrêts ci-dessus le reconnaissent, si le mari ne s'était pas refusé à l'accomplissement de cette condition.

Au lieu de refuser le paiement, le débiteur des deniers dotaux peut accepter une sûreté, caution ou hypothèque. Mais cette ressource n'est que facultative pour lui, et ne peut, s'il s'agit d'un acquéreur, lui être imposée en vertu de l'article 1653, qui, on l'a remarqué, n'est pas le véritable fondement de notre règle. D'ailleurs, on pourrait stipuler dans le contrat de vente de l'immeuble dotal que l'acquéreur devra payer sans attendre la justification d'un emploi, pourvu qu'il lui soit donné caution; s'étant soumis volontairement à cette obligation, il ne pourrait plus s'y soustraire. Pareille sûreté n'a pour effet que d'assurer au tiers, ou de fortifier si elle lui a déjà été promise par le contrat de vente, une garantie contre les effets pouvant résulter à son préjudice du défaut de emploi. Elle ne le préserve pas contre la révocation de la vente, ni même contre la demande d'un second paiement, dont il serait sans doute indemnisé, mais qu'il ne pourrait refuser par voie de compensation.

Bien entendu, tout ce qui précède cesserait d'avoir son application, et le tiers serait obligé de payer purement et simplement entre les mains des époux recevant conjointement, ou de la femme séparée, ou de la veuve, dans le cas où le contrat de mariage contiendrait la clause, assez fréquente, que le seul consentement de la femme aux

quittances données par le mari libèrera les débiteurs de deniers dotaux ou acquéreurs de biens dotaux. Cette clause supprime en grande partie la responsabilité des tiers; c'est ici qu'il est opportun de la signaler, puisqu'elle a pour but précis d'empêcher le refus des tiers de payer sans justification d'emploi.

Le droit du tiers, même tant qu'il n'a pas payé, ne consiste pas uniquement à rester sur la défensive. Tout débiteur a, en principe, le droit de se libérer : on ne peut forcer le débiteur des deniers dotaux à rester débiteur et à servir les intérêts de sa dette tant qu'il plaît aux époux de ne pas lui présenter de remploi, à moins qu'il n'ait été ainsi convenu. Il a donc à sa disposition le moyen de libération que lui offre le droit commun en cas de résistance du créancier : les offres réelles et la consignation.

On serait tenté d'aller plus loin, et de dire que, puisqu'il doit une somme destinée à être employée, il pourra se faire autoriser par justice, à faire lui-même l'emploi et à l'imposer aux époux, s'il remplit toutes les conditions voulues. Mais ce droit serait abusif. En effet, il ne doit pas le remploi, il en est simplement garant; on ne peut pas dire non plus que le remploi lui soit dû par les époux, à moins qu'il ne lui ait été formellement promis dans un certain délai; il ne peut donc s'autoriser de l'article 1444 du Code civil pour demander à le faire lui-même. Son obligation de garantie n'est pas de nature à être éteinte tant que les deniers ne sont pas reçus par les époux, et il ne

peut les contraindre précisément à les recevoir ; il ne peut que s'en décharger par la consignation. Cette opération qui, en règle générale, procure une libération définitive, ne le libérera que provisoirement, la nature des choses le veut ainsi. Il sera affranchi de toute responsabilité pour le temps qui s'écoulera depuis la consignation jusqu'au retrait ; mais sa libération ne sera définitive que par la réalisation de l'emploi. Il aura donc intérêt à surveiller ce remploi ; son consentement sera par suite nécessaire au retrait, d'où il suit qu'il pourra être mis en demeure de le donner ou de justifier son refus.

On a soutenu, il est vrai, que la consignation libérait pleinement et définitivement le débiteur des deniers dotaux. Mais ce qui paraît bien condamner cette opinion, c'est qu'elle a pour résultat de supprimer, en définitive, la garantie du tiers que les époux ont entendu s'assurer par le contrat de mariage. Il est vrai qu'on peut imputer aux époux de ne pas faire le remploi prescrit ; mais il est précisément de la nature du régime dotal que les faits même imputables aux époux ne puissent diminuer les garanties dont la dot est entourée. La consignation n'a donc pas d'effet sur l'obligation de garantie du tiers.

Cette doctrine a été formellement consacrée par un arrêt de la Cour de cassation du 12 mai 1857 (S. 57. 1. 580), rejetant le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Nîmes du 11 juin 1856 (S. 57. 2. 272). L'acquéreur d'un immeuble dotal aliénable à charge de remploi avait fait des offres réelles suivies de consignation, et le

tout avait été déclaré valable par un jugement, qui avait ordonné la radiation de l'inscription du privilège de vendeur prise sur l'immeuble dotal. Plus tard, les époux, ayant acquis un immeuble pour servir de remploi, firent sommation à l'acquéreur de se trouver à jour fixé dans les bureaux de la Caisse des dépôts et consignations pour déclarer s'il reconnaissait la validité du remploi, et, dans le cas de l'affirmative, donner son consentement au retrait des fonds qui seraient immédiatement employés au paiement du vendeur de l'immeuble acquis en remploi. L'acquéreur répondit qu'il n'avait ni à donner ni à refuser son consentement pour le retrait, se trouvant pleinement libéré par sa consignation et étranger au remploi qui pourrait être fait. Cette prétention de l'acquéreur a été repoussée par les arrêts précités.

On pourrait d'ailleurs évidemment stipuler dans le contrat de mariage, et c'est une clause qu'on rencontre dans la pratique, que le versement fait à la Caisse des dépôts et consignations affranchira les tiers de toute obligation de suivre le remploi.

Les observations qui précèdent suffiraient si les débiteurs de deniers dotaux, toujours attentifs à leurs intérêts, ne manquaient jamais de se faire représenter les contrats de mariage et ne payaient jamais sans précaution. Mais comme le contraire peut arriver et arrive en effet, il faut examiner quels sont les droits du débiteur qui a payé sans emploi.

Dès que le tiers a payé, son obligation de garantie prend naissance; il doit garantir que la somme par lui versée sera employée, tellement que s'il n'apparaît aucun emploi, il pourra être contraint à payer une seconde fois, bien qu'on puisse imputer aux époux de n'avoir pas fait d'emploi. Il a donc un intérêt immédiat à ce que le remploi soit fait, et soit fait sans retard; ayant payé, il ne peut plus se mettre à couvert par la consignation, et il peut craindre que la somme qui doit servir à l'emploi ne soit dissipée. Il devient donc vrai, en ce cas, de dire (ce que nous n'avons pas admis plus haut) que le mari, qui a l'administration de cette somme, ou la femme après séparation de biens, sauf à n'être tenue que sur ses paraphernaux, doivent l'emploi au tiers, et qu'à défaut d'exécution de cette obligation de faire, le tiers peut se faire autoriser à l'exécuter lui-même, et à leur offrir un emploi qu'ils devront accepter s'il est reconnu valable par justice. La possibilité de cette manière de procéder paraît bien reconnue par un arrêt déjà cité de la Cour de Caen, du 30 avril 1849 (S. 52. 2. 177), qui, sur une demande en nullité de vente intentée par une femme séparée de biens, *à défaut de remplacement fourni ou à fournir*, accorde à la femme un délai de six mois pour se procurer un remploi, et autorise à défaut l'acquéreur à fournir lui-même un remploi dans les six mois suivants. Cette manière d'agir semble bien légale.

CHAPITRE IV

DE L'OBLIGATION D'EMPLOI OU DE REMPLOI DES BIENS DE LA FEMME SOUS LE RÉGIME SANS COMMUNAUTÉ ET DANS LES DIVERS CAS DE SÉPARATION DE BIENS.

Il nous reste, pour compléter cette étude, à examiner l'obligation d'emploi ou de remploi qui peut exister relativement aux biens de la femme en dehors des deux cas principaux que nous avons envisagés jusqu'à présent, c'est-à-dire d'une part sous le régime exclusif de communauté, et d'autre part, dans les divers cas de séparation de biens.

Éliminons d'abord le premier terme de cette division qui est extrêmement simple. La situation des biens de la femme sous le régime exclusif de communauté est exactement semblable à celle des propres de la femme sous le régime de communauté. La communauté peut être plus ou moins étendue, plus ou moins restreinte, sans que les principes relatifs aux biens qui en sont exclus

soient pour cela modifiés : ces principes ne changent pas davantage si l'on vient à supprimer complètement la communauté. Tous les principes du remploi établis pour le régime de communauté sont donc applicables au régime sans communauté : caractère facultatif du remploi, même stipulé par le contrat de mariage, si la clause n'est pas expressément obligatoire ; interprétation restrictive des clauses exprimant une véritable obligation de remploi ; responsabilité purement personnelle des tiers dans le cas où l'obligation est étendue jusqu'à eux, à moins que l'aliénabilité des immeubles ne soit formellement subordonnée au remploi : mais, d'autre part, possibilité de stipuler tous les degrés d'obligation de remploi, jusqu'au point de convertir le régime exclusif de communauté en un véritable régime dotal avec dotalité de tous les biens de la femme. Les conséquences de l'obligation, dans ces diverses hypothèses, seraient exactement les mêmes que sous le régime de communauté.

Quant à la séparation de biens, ce terme générique comprend quatre situations différentes : 1° celle des biens propres de la femme mariée en communauté, ou des biens de la femme mariée sous le régime exclusif de communauté, lorsque la séparation de biens est prononcée judiciairement ; 2° celle des biens dotaux de la femme mariée sous le régime dotal, au même cas de séparation de biens judiciaire ; 3° celle des biens de la femme dont le contrat de mariage porté la clause de séparation de

biens; 4^e enfin celle des paraphernaux de la femme mariée sous le régime dotal.

Les principes de la séparation de biens judiciaire sont posés par le Code civil à propos de la dissolution de la communauté, qui en est un des effets principaux, lorsqu'il y a communauté. Mais sous tous les régimes, cette action a pour but essentiel de soustraire les biens de la femme à l'administration du mari. A cet égard, il est rationnel d'y appliquer les mêmes règles, quel que soit le régime qu'elle vient modifier. Mais elle ne fait que modifier le régime préexistant, sans y substituer de toutes pièces un régime nouveau. Aussi la situation des biens de la femme séparée judiciairement n'est-elle pas identique sous le régime de communauté et sous le régime dotal, le contrat de mariage conservant une partie de ses effets, qui ne sont pas les mêmes dans les deux cas. Ainsi la clause d'emploi ou de remploi subsiste après séparation de biens, avec l'effet qu'elle avait d'après le contrat de mariage; sauf cette différence que, le mari n'ayant plus aucun droit sur les biens de la femme, l'obligation qui pouvait exister à sa charge disparaît. Nous parlons uniquement, bien entendu, de l'emploi ou du remploi dont l'obligation prend naissance postérieurement à la séparation de biens; car, pour ce qui est de l'effet de la séparation de biens sur l'obligation déjà née, il en a été question dans les chapitres précédents.

Il résulte de là que lorsque la clause de remploi est stipulée, sous le régime de communauté, à titre de simple

obligation du mari envers la femme, n'engageant nullement les tiers, elle tombe purement et simplement par l'effet de la séparation de biens.

Mais la clause obligatoire pour les tiers, sous l'un ou l'autre régime, conserve son effet malgré la séparation de biens, et les droits qui en dérivent au profit des tiers contre le mari subsistent contre la femme, qui succède aux pouvoirs du mari sur les biens dotaux et à leurs conséquences.

Tels sont les principes au sujet de l'obligation d'emploi résultant du contrat de mariage. Mais indépendamment de toute semblable obligation, il y a lieu de tenir compte, en cas de séparation de biens judiciaire, de l'article 1450 C. civ., ainsi conçu :

« Le mari n'est point garant du défaut d'emploi ou de remploi du prix de l'immeuble que la femme séparée a aliéné sous l'autorisation de la justice, à moins qu'il n'ait concouru au contrat, ou qu'il ne soit prouvé que les deniers ont été reçus par lui, ou ont tourné à son profit.

« Il est garant du défaut d'emploi ou de remploi, si la vente a été faite en sa présence et de son consentement : il ne l'est point de l'utilité de cet emploi. »

La première question qui se pose sur ce texte est celle de savoir ce qu'est l'emploi ou le remploi dont parle ici la loi. Pour s'en rendre compte, il faut se rappeler que l'article 1450 est écrit en vue du régime de communauté, et qu'après séparation de biens, l'intérêt que présente le remploi sous le régime de communauté n'existe plus. Il

n'y a plus de communauté, et les biens que la femme peut acquérir ne peuvent tomber en communauté : ils lui restent nécessairement propres. D'autre part, l'article 1450 ne suppose pas que l'obligation de remplacer l'immeuble aliéné par un autre immeuble ait été stipulée dans le contrat de mariage. Il est donc vraisemblable *à priori* qu'il ne s'agit pas là d'un remploi proprement dit; et cela devient certain quand on considère les antécédents de l'article 1450. La règle qui nous occupe était déjà admise avant le Code civil, et n'avait pas pour objet d'imposer un véritable remploi, mais seulement d'assurer la conservation du prix de l'immeuble aliéné (V. Pothier, *Traité de la Communauté*, n° 605). Elle constitue le mari garant vis-à-vis de la femme de la conservation de ce prix. Cette garantie est évidemment en opposition avec l'idée juridique de la séparation de biens, qui rend le mari étranger à l'administration des biens de la femme. Mais elle est fondée sur l'influence de fait que conserve le mari malgré la séparation de biens, et au moyen de laquelle il peut s'approprier ce prix ou le faire passer à une dépense qui ne profite pas à la femme. Ce n'est d'ailleurs que lorsque le mari a donné son consentement à la vente qu'on peut légitimement lui imposer cette garantie d'une manière absolue; il a alors le moyen de mettre à couvert sa responsabilité en imposant à la femme la condition de faire un emploi quelconque du prix, et en arrêtant le paiement des fonds jusqu'à ce que cet emploi soit prêt à être fait. Aussi ne rend-on pas le mari garant de plein droit

au cas où la vente a été faite par la femme autorisée de justice. En ce cas, il faudra prouver que les deniers ont été reçus par lui ou ont tourné à son profit, pour qu'on puisse le rendre garant; tandis que cette garantie sera de plein droit lorsque la vente aura été faite de son consentement.

L'article 1450 emploie même les expressions : « en sa présence et de son consentement », ce qui a fait supposer que le seul consentement du mari ne suffisait pas pour le rendre garant de plein droit, mais qu'il fallait encore qu'il eût été présent à la vente. Il ne semble pas qu'il faille s'attacher aussi rigoureusement au texte, par la bonne raison qu'en le considérant dans son ensemble, on s'aperçoit qu'il est défectueux : il oppose d'une part la vente faite avec autorisation de justice, d'autre part la vente faite en la présence et du consentement du mari, et par conséquent il laisse dans l'ombre le cas de la vente faite du consentement du mari, mais hors de sa présence. Cependant le législateur semble bien avoir voulu faire une théorie complète; il a entendu maintenir la règle de l'ancien droit qui ne faisait pas de différence entre le cas où la vente avait eu lieu en présence du mari et celui où elle avait eu lieu de son consentement. Cette différence ne serait pas rationnelle; car, à moins que le prix ne soit payé comptant, la présence du mari à l'acte de vente ne fait pas présumer, plus que son simple consentement, qu'il a reçu les fonds. Au contraire, l'utilité pratique exige qu'on ne fasse pas de différence, car autre-

ment le mari aurait toujours un moyen facile d'échapper à toute responsabilité, ce serait de se borner à autoriser la vente par écrit, en évitant de concourir au contrat : et pourtant il est évident que son influence n'est pas diminuée par ce mode de procéder, qu'il peut toujours aussi bien s'appropriier les fonds, et que d'autre part il est également maître d'imposer telles conditions qu'il lui plaît à l'autorisation qu'il donne, en sorte qu'il a le moyen de mettre sa responsabilité à couvert en exigeant un emploi.

L'obligation qui résulte de l'article 1450 est une simple obligation de garantie du mari envers la femme. Elle ressemble, à ce point de vue, à l'obligation des tiers dans les cas où ils sont responsables de l'emploi ou du remploi. Le mari, effectivement, devient, au point de vue de la loi, un tiers par l'effet de la séparation de biens : il est dessaisi de tout pouvoir sur les biens de la femme.

Il résulte de là évidemment que la femme n'a pas d'action contre le mari, au cours du mariage, pour le contraindre à faire un emploi ; c'est à elle-même à faire l'emploi qu'elle juge utile, en obtenant l'autorisation de son mari, ou, en cas de refus, celle de la justice conformément au droit commun. Pour la même raison, le mari, après la dissolution du mariage, ne peut être tenu, lorsqu'aucun emploi n'a été fait, de dommages-intérêts basés sur la plus-value qu'aurait pu acquérir un immeuble qui aurait servi d'emploi. Il ne devait pas d'emploi, et d'ailleurs l'emploi qui satisfait à l'ar-

ticle 1450 n'est pas nécessairement un emploi en immeuble : il suffit d'un placement quelconque assurant la conservation des deniers de la femme.

Le mari est simplement garant de la conservation du prix de l'immeuble aliéné. La seule action de la femme contre lui est une action en remboursement de ce prix, qu'il est réputé avoir touché, lorsqu'il n'en apparaît aucun emploi. Il n'est pas nécessaire que la femme attende la dissolution du mariage pour intenter cette action : le mari, n'ayant plus aucun droit d'administration ni de jouissance comme mari, n'a aucune qualité pour détenir les deniers de sa femme ; il en doit la restitution dès l'instant où il les a reçus, et il est présumé les avoir reçus quand il a consenti à la vente et que le prix a été payé.

Le mari pourra-t-il repousser l'action en garantie intentée contre lui en prouvant que c'est la femme qui a reçu les fonds ? Cette preuve serait insuffisante, car une fois les fonds reçus, peut-on apprécier exactement s'ils sont aux mains du mari ou aux mains de la femme ? Ils sont au domicile conjugal, par conséquent, en fait, à la disposition du mari. Si le mari prouvait qu'ils ont tourné au profit de la femme, bien entendu il serait déchargé, car en ce faisant il prouverait qu'il y a eu un emploi, au sens large du mot, au profit de la femme, ce qui suffit pour l'exonérer de toute responsabilité. Mais en prouvant que la femme a reçu seule les fonds, il ne prouve rien de concluant.

Des derniers mots de l'article 1450, il résulte que le mari n'est pas garant de l'utilité de l'emploi qui peut avoir été fait. Cette particularité achève de caractériser l'obligation du mari. Lorsque le contrat de mariage impose une obligation d'emploi, nous avons vu qu'il était de la nature de cette obligation d'entraîner la garantie de l'utilité de l'emploi. Mais ici, il ne s'agit que d'empêcher que le mari n'utilise le prix à son profit. Peu importe, à cet égard, que ce prix soit employé utilement ou non; dès qu'il est bien constaté qu'il a été intégralement employé au profit de la femme, le mari n'est plus suspect de se l'être approprié et sa responsabilité se trouve, dès lors, complètement dégagée.

L'article 1450 est évidemment écrit directement en vue du régime de communauté; sa place dans l'ordre des textes le montre, et l'inaliénabilité empêche qu'il ne s'applique au régime dotal pur et simple. Mais les règles de la séparation de biens judiciaire étant les mêmes sous les deux régimes, il s'applique aux biens dotaux stipulés aliénables sous le régime dotal. Seulement, il semble rationnel de lui donner toujours la même portée; et quand les biens dotaux ne sont aliénables qu'à charge de remploi, ou que sous le régime de communauté le remploi du prix des propres est exigé, il n'y a pas lieu de rendre le mari garant de ce remploi obligatoire en vertu de l'article 1450, qui n'a nullement en vue un semblable remploi.

L'article 1450 est-il applicable aux biens de la femme

mariée sous le régime de la séparation de biens et aux biens paraphernaux de la femme mariée sous le régime dotal? L'affirmative est l'opinion le plus généralement enseignée; on l'appuie en disant qu'il y a à parer aux mêmes dangers d'abus d'influence du mari en cas de séparation de biens contractuelle qu'en cas de séparation judiciaire. Il y a cependant une différence, c'est qu'on ne prévoit pas la séparation judiciaire dans les contrats de mariage, et qu'il faut dès lors attribuer à la femme, de plein droit, les garanties qui lui sont utiles, d'autant plus que le désordre des affaires du mari, en ce cas, est un danger pour la femme; tandis qu'en cas de séparation contractuelle les époux ont pu prendre dans le contrat de mariage les précautions qu'ils ont jugées nécessaires. L'assimilation ne paraît donc pas s'imposer.

Au surplus, de même que, dans le cas de séparation judiciaire, il y a à tenir compte des obligations d'emploi ou de remploi qui peuvent résulter du contrat de mariage, de semblables obligations peuvent aussi être stipulées dans les contrats de mariage d'où résulte une séparation contractuelle. En pareil cas, comme ni les paraphernaux de la femme dotale, ni les biens de la femme mariée sous le régime de la séparation de biens, ne sont inaliénables, la clause de remploi qui les concerne n'a d'effet en principe qu'entre les époux. Cette clause est rare, d'ailleurs, car elle ne présente pas un très grand intérêt; chaque époux conservant la propriété de tous ses biens, même de ses deniers, le remploi n'est pas nécessaire pour em-

pêcher les prix de ventes de biens de la femme de tomber en communauté ou d'appartenir au mari, ce qui est le principal objet de cette opération sous le régime de communauté et sous le régime dotal.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE

I. — L'obligation aux *operæ libertorum* n'a jamais résulté d'un contrat innommé, sanctionné par l'action *præscriptis verbis*. (V. page 27.)

II. — Dans l'opinion qui a prévalu, le patron n'était point obligé de nourrir l'affranchi pendant les journées de services que celui-ci fournissait, à moins qu'il ne manquât de moyens de subsistance. (V. page 89.)

III. — Quand le patron a subi la *bonorum venditio*, il conserve le droit aux journées de services non échues au moment de la *bonorum venditio*, alors même qu'elles

feraient partie d'une série de journées commandées dès avant cet événement. (V. page 164.)

IV. — L'affranchi promet valablement des services au patron, alors même qu'il a obtenu la liberté en se rachetant. (V. page 55.)

POSITIONS PRISES HORS DE LA THÈSE

I. — Le copropriétaire peut intenter une action négatoire pour empêcher son copropriétaire de faire une innovation sur le fonds commun.

II. — Le droit de préemption n'appartient au propriétaire qu'au cas de vente du droit d'emphytéose, non en cas de donation.

III. — Justinien n'a pas abrogé la règle d'après laquelle le mari est propriétaire de la dot.

IV. — Il y a *infinitio* entraînant condamnation au double dans l'action *judicati*, lorsque le défendeur, sans nier le fait de la condamnation, en nie la validité.

DROIT CIVIL FRANÇAIS

POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE

I. — L'acquéreur d'un immeuble dotal aliénable à charge de emploi peut, après la séparation de biens, empêcher la révocation de la vente en offrant de payer une seconde fois son prix ; il ne le peut plus après la dissolution du mariage. (V. page 231.)

II. — La consignation du prix ne libère pas l'acquéreur d'un bien dotal, aliénable à charge de emploi, de l'obligation de surveiller le emploi. (V. page 280.)

III. — Lorsque le mari n'exécute pas l'obligation de emploi dont il est chargé par le contrat de mariage, la femme peut, sans demander la séparation de biens, se faire autoriser par la justice à effectuer le emploi. (V. pages 219 et 224.)

POSITIONS PRISES HORS DE LA THÈSE

I. — L'époux qui a donné irrévocablement à l'un de ses deux enfants un tiers en pleine propriété, peut encore disposer en usufruit au profit de son conjoint de la différence du tiers à la moitié.

II. — Les articles 826 et 832 du Code civil ne sont pas applicables aux partages d'ascendants.

III. — L'héritier légitime n'est pas recevable à prouver l'existence d'une substitution prohibée contre un individu institué purement et simplement en apparence, mais verbalement chargé par le testateur de rendre à sa mort les biens légués à un tiers désigné.

IV. — La renonciation par la femme mariée à son hypothèque légale ne peut être valablement faite dans un acte passé en la forme administrative en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique.

LÉGISLATION CIVILE

Il serait utile de fixer la quotité disponible à moitié de la succession, quel que soit le nombre des enfants et sans distinguer si la disposition est faite au profit du conjoint ou d'une autre personne.

DROIT CRIMINEL

L'interdit légalement peut faire les actes pour lesquels la représentation par le tuteur n'est pas possible.

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

La règle *locus regit actum* s'applique même aux actes pour lesquels la loi française exige des formes spéciales.

DROIT CONSTITUTIONNEL

La faculté pour le gouvernement de suspendre et de dissoudre les chambres de discipline des notaires, n'ayant été prévue par aucune loi, n'a pu être valablement établie par le décret du 30 janvier 1890.

ENREGISTREMENT

Le jugement qui prononce la rescision de la vente pour lésion de plus des sept douzièmes ne doit pas donner ouverture au droit proportionnel d'enregistrement.

Vu par le Président de la thèse,

J.-E. LABRÉ.

Vu par le Doyen,

COLMET DE SANTERRE.

Vu et permis d'imprimer,

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

DES CHARGES IMPOSÉES PAR LE MAÎTRE A LA LIBERTÉ CONCÉDÉE A L'ESCLAVE.

INTRODUCTION.	1
CHAP. I. — Du rachat de la liberté	7
CHAP. II. — Aperçu général sur les <i>libertatis causa imposita</i>	18
CHAP. III. — Formes du contrat de services	21
CHAP. IV. — Cause de l'engagement de services	34
CHAP. V. — Personnes entre lesquelles se forme le contrat de services	41
CHAP. VI. — Objet du contrat.	63
CHAP. VII. — Dans quelle mesure les services d'affranchis sont cessibles et transformables en argent	94
CHAP. VIII. — Caractères juridiques généraux de l'obligation de services et de l'action qui en dérive.	131
CHAP. IX. — Transmission de la créance de services	155

CHAP. X. — Quelques mots sur la société <i>libertatis causa</i> . .	167
CHAP. XI. — Droits du patron à l'égard du mariage de l'af- franchi.	173
OBSERVATION FINALE	182

DROIT FRANÇAIS

PRINCIPES DE LA SANCTION DE L'OBLIGATION D'EMPLOI OU DE REMPLOI DES BIENS DE LA FEMME MARIÉE.

CHAP. I. — Notion générale de l'obligation d'emploi ou de remploi sous le régime dotal et sous le régime de com- munauté	183
CHAP. II. — Sanction de l'obligation d'emploi ou de remploi dans les rapports du mari et de la femme entre eux. . . .	213
CHAP. III. — Sanction de l'obligation d'emploi ou de remploi dans les rapports des époux avec les tiers	245
CHAP. IV. — De l'obligation d'emploi ou de remploi des biens de la femme sous le régime sans communauté et dans les divers cas de séparation de biens	284

POSITIONS	295
---------------------	-----
